Kennt das geltende Recht Realverträge?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Otto Gruner
Kammergerichtsreferendar in Berlin.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig
Großbetrieb für Dissertationsdruck
1914.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547001_0040

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Abschnitt.

Begriff und Geschichte des Realvertrages.

§ 1. Begriff 1
§ 2. Geschichte.
I. Römisches Recht 9
II. Deutsches Recht 12

Zweiter Abschnitt.

Die Realvertragstheorie und das Bürgerliche Gesetzbuch.

A. Der Darlehnsvertrag.
§ 3. Die Bedeutung des § 607 Abs. 1 BGB. 19
§ 4. Der Schuldumwandlungsvertrag (§ 607 Abs. 2 BGB.) 24
§ 5. Das Darlehnsversprechen (§ 610 BGB.) und die Lehre vom Vorvertrag.
I. Begriff des Vorvertrags 37
II. Inhalt des Vorvertragsanspruchs 38
III. Die Durchsetzung des Vorvertragsanspruchs. — Ergebnis . . 42
§ 6. Das Darlehn als Konsensualvertrag.
I. Der einseitige Darlehnsvertrag 49
II. Der gegenseitige Darlehnsvertrag.
1. Das verzinsliche Darlehn 54
2. Gemischte Darlehnsverträge 59
3. Das hypothekarische Darlehn 61
§ 7. B. Leihe 70
§ 8. C. Verwahrung 71

Dritter Abschnitt.

Die Gegensätze der Real- und Konsensualtheorie in der Praxis.

§ 9. Klagbegründende Tatsachen 75
§ 10. Die Pflicht zur Hingabe und Annahme.
I. Verzug der Annahme 77
II. Aufrechnung 80
III. Abtretung 82
IV. Pfändung 86
§ 11. Pflichten des Empfängers 87
Schluß 90

Literaturverzeichnis.

Adler, Realkontrakt und Vorvertrag. In Iherings Jahrbüchern Bd. 31.

Brinz, Kritische Blätter. Bd. 1.

Cohn, Georg, Die Kreditgeschäfte. In W. Endemanns Handbuch des deutschen Handelsrechts Bd. 3.

Cohn, Die Abtretung des Anspruchs auf Gewährung eines Darlehns. Diss. Greifswald 1910.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4. Aufl. §§ 141, 142, 154.

Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. §§ 246—249, 275 bis 277.

Degenkolb, Der Begriff des Vorvertrags. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 71.

Demelius, Realkontrakt im heutigen Recht. In Iherings Jahrbüchern Bd. 3.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. Bd. 2. 3. Aufl. §§ 230 bis 236, 349—351.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1.

Eisele in der Zeitschrift für schweizerisches Recht N. F. Bd. 3.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 8./9. Aufl. §§ 104, 183—185.

Enneccerus (Kipp-Wolff), Lehrbuch des bürgerlichen Rechts: Schuldverhältnisse. 6.—8. Aufl. §§ 360—364, 389—391.

Eulau, Darlehnsversprechen. Diss. Marburg 1910.

Gierke, Schuld und Haftung im alten deutschen Recht. 1910.

Girard, Geschichte und System des römischen Rechts. 4. Aufl. Übersetzt von Mayr. Berlin 1908.

Hohenstein, Zur Darlehnslehre. Diss. Erlangen.

Höniger im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 33.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. §§ 113, 128, 143, 144.

Kohler, Gesammelte Abhandlungen. 1883.

Kohler, Über das Konsensualdarlehn. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 2 u. 33.

Krahmer, Der Darlehnsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Halle 1900.

Kuhlenbeck in der Juristischen Wochenschrift 1904 S. 370 ff.

Lammfromm, Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag. 1897.

Lübbert in Iherings Jahrbüchern Bd. 52.

Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte.

Mitteis, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. Bd. 1. 1908.

Pernice, Marcus Antistius Labeo. Bd. 1. 1873.
Petrazycky, Die Lehre vom Einkommen. Bd. 2. 1895.
Pfaff, Die Klausel rebus sic stantibus.
v. d. Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandektenrecht. 1840.
Regelsberger in Iherings Jahrbüchern Bd. 52.
Scherler, § 610 BGB., Beiträge zur Lehre vom Realkontrakt und der clausula rebus sic stantibus. Diss. Greifswald 1903.
v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts. 1890.
Schloßmann, Vorvertrag und rechtliche Natur der sogen. Realkontrakte. In Iherings Jahrbüchern Bd. 45.
Schwemmler, Über die Abtretbarkeit des Anspruchs aus einem Darlehnsvertrage. Diss. Greifswald 1910.
Spaethe, Real- und Konsensualverträge im heutigen bürgerlichen Recht. Diss. Breslau 1911.
Stintzing, Die Vorverpflichtung im Gebiete der Schuldverhältnisse. 1903.
Storch, Darlehnsvertrag. 1878.
Thöl, Handelsrecht. Bd. 1. 6. Aufl. 1879.
Unger in Iherings Jahrbüchern Bd. 8.

1. Abschnitt.

Begriff und Geschichte des Realvertrags.

§ 1.

Begriff.

Der Realkontrakt ist ein unbestrittenes Institut des römischen Rechts (aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut literis aut consensu, Gai institutiones III 89 ed. Huschke S. 147).

Zur Gattung der Realverträge gehörten das commodatum mutuum depositum und pignus. Diese Verträge heißen Realverträge, weil bei ihnen zu dem Konsens ein weiteres Tatbestandsmerkmal, die „res", hinzutreten mußte, um der Vereinbarung Kontraktsqualität zu geben.

Für das gemeine Recht dagegen wurde bereits die Frage nach der fortdauernden Geltung der Realverträge aufgeworfen und bildete einen Gegenstand vielfacher Kontroversen. Durch das Bürgerliche Gesetzbuch ist sie aufs neue angeregt worden, da der Gesetzgeber bei den strittigen Tatbeständen, der Leihe, dem Darlehn und dem Verwahrungsvertrag, bewußt eine Definition vermied, um der wissenschaftlichen Entscheidung nicht vorzugreifen.[1][2])

---

[1]) vgl. Mot. Bd. 1 S. 306.

[2]) a) Die herrschende Meinung spricht sich für die fortdauernde Geltung der Realverträge aus; vgl. die Kommentare v. Planck, Staudinger, Oertmann, Goldmann-Lilienthal und Komm. d. RGRäte; ferner die Lehrbücher von Cosack, Crome, Dernburg, Endemann, Enneccerus, Windscheid-Kipp. Von Monographien sind hervorzuheben: Adler, Realkontrakt und Vorvertrag in JheringsJ. Bd. 31; Georg Cohn in Endemanns Handb. d. HR. Bd. 3; Eisele in Z. f. schweizR. N. F. Bd. 3; Regelsberger in JheringsJ. Bd. 52. b) Die Konsensualtheorie wird vornehmlich in jüngeren Schriften ver-

Bei dem Streit über die heutige Bedeutung des Realkontrakts steht im Mittelpunkt die Frage, ob nach geltendem Recht die Leistung (res) Formerfordernis eines Vertrages sein kann. Manche Autoren berufen sich auf den das Bürgerliche Gesetzbuch beherrschenden Grundsatz der Formenfreiheit und leugnen mit Rücksicht hierauf die Existenz der Realverträge für das heutige Recht.[3])

Man hat jedoch zweierlei Formerfordernisse (Form im weiteren Sinne) zu unterscheiden, „solche, deren Fehlen ein Geschäft vernichtet, und solche, deren Fehlen nur sein Wesen alteriert, Erfordernisse der Gültigkeit, der Existenz, und Erfordernisse der Qualität“[4]). Die „res“ als Gültigkeitserfordernis hat dieselbe Bedeutung wie jede Form bei den eigentlichen Formalverträgen. Ihr Fehlen bewirkt mithin nicht nur eine Veränderung des Geschäftscharakters, sondern vernichtet das ganze Geschäft. Daß die „res“ in diesem Sinne nach heutigem Recht nicht in Betracht kommt, steht außer Frage. Als Qualitätserfordernis aber ist sie theoretisch möglich und muß als solches von den Vertretern der Realkontraktstheorie aufgefaßt werden, wenn anders der Realkontrakt auch für das Bürgerliche Gesetzbuch Bestand haben soll. Hier ist die Leistung nicht Solennität, sondern materieller Vertragsbestandteil, der als Tatbestandsmerkmal zum rechtlichen Bau des Realvertrags gehört. Die „res“ ist konstitutives Element des Vertrags, mit dessen Wegfall zwar auch ein Vertrag, aber nicht ein Realvertrag vorliegt. Der Vertrag, ein Darlehn zu geben oder zu nehmen z. B., wäre mithin auch ohne „res“ gültiger Vertrag, aber eben kein Darlehn, weil das Darlehn als solches im Sinne der Realvertragstheorie erst durch

---

treten, insbesondere von Hohenstein, Zur Darlehnslehre, Erlanger Diss.; Höniger im ArchBürgR. Bd. 33; Krahmer, Der Darlehnsbegriff des BGB., Diss. Halle 1903; Lübbert in IheringsJ. Bd. 52. Zu Unrecht wird Kohler als Hauptvertreter der Konsensualtheorie bezeichnet. Kohler nimmt eine Sonderstellung ein, indem er von einem Realvertragsbegriff ausgeht, der mit dem herrschenden nur den Namen gemeinsam hat, vgl. S. 7 und Kohler, Lehrb. Bd. 1, 2 S. 233 Anm. 1, im ArchBürgR. Bd. 2 u. 33 und Gesammelte Abhandlungen.

[3]) So schon früher Thöl HR. 6. Aufl. II § 246, IV; Bruns in Holtzendorffs Enzykl. 1882 I Bd. 1 § 56.

[4]) Adler S. 192.

die „res“ seine spezifische Eigenart erhält. Unter diesem Gesichtspunkte definiert das österreichische Recht (a. BGB. § 971) ebenso deutlich wie vom Standpunkte der Realvertragstheorie richtig: „Wenn jemandem eine unverbrauchbare Sache zum unentgeltlichen Gebrauch auf eine bestimmte Zeit übergeben wird, so entsteht ein Leihvertrag. Der Vertrag, wodurch man jemandem eine Sache zu leihen verspricht, ohne sie zu übergeben, ist zwar verbindlich, aber noch kein Leihvertrag“.

1. Der Umstand, daß die „res“ als Qualitätserfordernis gewisser Verträge sich darstelle, wird von den meisten Schriftstellern auf „Naturnotwendigkeit“ zurückgeführt, nicht auf positive Vorschrift oder Parteiwillen.[5]) Zur Begründung dieser Meinung beruft man sich auf die Tatsache, daß die Rückleistung die Leistung voraussetze, und folgert, es könne daher eine Verpflichtung zur Rückleistung nicht vor der Leistung übernommen werden. Mit Recht hat bereits Brinz (KritVl. S. 25) demgegenüber erwidert, die Rückleistung setze Hingabe voraus, nicht aber die Verpflichtung zur Rückleistung. Unzutreffend ist der Einwand Eiseles, „da Rückgabe ohne Hingabe unmöglich sei, sei die Verpflichtung zur Rückgabe ohne Hingabe Verpflichtung zu etwas Unmöglichem, folglich nichtig“, denn niemand verpflichtet sich zu einer Rückgabe ohne Hingabe, sondern zur Rückleistung nach erfolgter Hingabe. Es begegnet hier immer, wie Adler S. 194 ausführt, „die Verwechslung der Pflicht, früher zu leisten, als ein bestimmter Umstand eintritt, mit der früher als ein bestimmter Umstand eintretenden Pflicht zur Leistung“; letztere ist stets möglich. Ein begriffliches Hindernis, vor der Hingabe sich zur Rückgabe zu verpflichten, besteht also nicht.

2. Andere Autoren[6]) erblicken in der untrennbaren Verbindung des dinglichen und obligatorischen Vertrages das Kennzeichen des Realkontrakts. Kriterium des Realvertrages sei die Eigentümlichkeit der Leistung, den Empfänger in der von dem Leistenden

---

[5]) vgl. Gerber § 159 Nr. 4; Bähr, Anerkennungsvertrag 2. Aufl. S. 168f.; Eisele in Z. f. schweizR. N. F. Bd. 3 S. 15, 16, 22 u. a.; Unger in JheringsJ. Bd. 8 S. 1ff.; v. d. Pfordten, Abhandl. S. 297.

[6]) So Windscheid, Brinz, Bekker, Kohler u. a.

einseitig bezeichneten Art zu binden.[7]) Hieran ist so viel richtig, als die Einheitlichkeit des Realvertrages hervorgehoben wird. Begrifflich läßt sich beim Realvertrag „res und consensus" scheiden, tatsächlich bilden sie eine untrennbare Einheit. Unrichtig aber ist die Betonung dieser Eigenart des Realvertrages als Kriterium. Die erwähnte Theorie muß in ihrer Konsequenz zu dem Satze führen: Jeder Vertrag ist Realvertrag, sofern er mit Realleistung beginnt, die mit einer Zweckberedung verknüpft wird.

Am schärfsten kommt diese Ansicht bei Kohler zum Ausdruck. Für Kohler ist in der Tat jeder mit Sachleistung beginnende obligatorische Vertrag Realvertrag. Weder die im römischen Recht als Realverträge gekennzeichneten Kontrakte behielten ihren Charakter, wenn ihnen ein Versprechen vorausgehe, noch die Konsensualverträge, wenn ihnen eine Verpflichtung nicht vorausgehe.[8]) Die Frage, ob ein Konsensual- oder Realvertrag vorliegt, fällt nach Kohler also mit der anderen zusammen, ob eine Verpflichtung zur Hingabe bestand oder nicht. Reales Darlehn ist nach Kohler ein Darlehn, das jemand gibt, ohne dazu verpflichtet zu sein, konsensuales Darlehn, das jemand als Erfüllung einer Verpflichtung gewährt. Kohler ist nur so weit beizustimmen, als er sagt, auch bei den Konsensualverträgen brauche nicht stets dem Geben und Nehmen eine Verpflichtung, zu geben und nehmen, vorherzugehen. Dies ist mit Unrecht behauptet worden mit der Begründung, dem Geben und Nehmen einer Sache ginge stets der Wille voraus, sie darlehns- oder leihweise oder verwahrungshalber geben zu wollen, und zwar ein akzeptierter Wille, also ein Vertrag. Cohns[9]) Einwand, jener Wille, geben zu wollen, sei nicht identisch mit dem Willen, geben zu sollen, ist freilich nicht stichhaltig, denn ein Vertragswille involviert ein Sollen. Ein solcher Vertragswille aber braucht überhaupt nicht vorzuliegen. Es ist nicht zutreffend, daß er begrifflich dem Geben

[7]) Folgerichtig wäre die Erklärung des Empfängers, er erkenne das Verlangen des Leistenden nicht an, als bedeutungslos anzusehen, wenn der Empfänger die Leistung annimmt — protestatio facto contraria.

[8]) Kohler, Lehrb. Bd. 2 S. 233 Anm. 1.

[9]) Endemanns Handb. d. HR. Bd. 3 S. 841.

und Nehmen, also dem dinglichen Vertrag, voraufgehen müsse. Vielmehr offenbart sich der Verpflichtungswille oftmals erst beim Geben und Nehmen durch Geben und Nehmen. Wenn A bei B ein Buch besichtigt, um es event. zu kaufen, und am Tage darauf es an sich nimmt unter sofortiger Zahlung des Kaufpreises, so ist durch den dinglichen Vertrag gleichzeitig der obligatorische Kaufvertrag stillschweigend abgeschlossen. Dem Eigentumsübergang ist offensichtlich eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung nicht voraufgegangen, ebensowenig wie eine Verpflichtung des Käufers zur Preiszahlung. Dies ist keine Besonderheit des Kaufes. Auch beim Mietvertrag und anderen Konsensualverträgen kann die obligatorische Willensübereinkunft in der Form des dinglichen Aktes der Übergabe erfolgen. Die Übergabe ist in diesen Fällen nicht Folge eines Vertragswillens, sondern selbst Willenserklärung. Es gehört nicht zum Wesen des Konsensualvertrages, daß dem dinglichen Vertrag ein obligatorischer voraufgehe; wesentlich ist dem Konsensualvertrag lediglich, daß der consensus als solcher erforderlich und ausreichend zur Schuldbegründung ist. Wie aber der consensus in Erscheinung tritt, ist irrelevant; ob er als isolierter obligatorischer Vertrag auftritt, so daß der dingliche Vertrag Erfüllungsvertrag ist, oder ob er gleichzeitig und durch den dinglichen Vertrag zustande kommt, berührt nicht den Charakter als Konsensualvertrag. Der Barkauf ist ebensowenig Realvertrag wie jeder andere Kaufvertrag.

Andererseits verliert ein Realvertrag nicht dadurch seinen Charakter, daß ihm ein Konsensualvertrag zugrunde liegt. Freilich ist ein zur „res“ unmittelbar verpflichtender consensus nicht denkbar; denn die „res“ soll nicht solvendi, sondern obligandi causa gegeben werden. Vielmehr kann der Konsensualvertrag rechtlich nur als Vorvertrag zum Realkontrakt im Sinne der Realvertragstheorie aufgefaßt werden. Hierüber ist bei der Vorvertragslehre (vgl. S. 40/41) zu handeln.

Die Eigenart des Realvertrags wird augenscheinlich, wenn wir auf ein Beispiel zurückgreifen, auf das bereits Adler (a. a. O. S. 200) hingewiesen hat. War nach römischem Recht ein Kauf unter sofortiger Erlegung des Preises in falscher Münze geschlossen, so blieb nach römischem Recht der Kauf als solcher zu

Recht bestehen, wenn auch der Verkäufer sich dem anderen nur gegen gültige Vorleistung zur Gegenleistung verpflichtete. Hat dagegen der Entleiher die Darlehnsvaluta in falscher Münze empfangen, so ist er nach der Realvertragstheorie überhaupt nicht aus Darlehn verpflichtet. Denn da zum Tatbestand des Realvertrags die Leistung als materieller Vertragsbestandteil gehört, eine solche Leistung aber nicht vorliegt, so ist auch ein Darlehnsvertrag im Sinne der Realvertragstheorie nicht zustande gekommen.[10]) Es ist ersichtlich, daß der äußere Vorgang in beiden Fällen identisch ist und dennoch nur im letzteren die Gültigkeit des Vertrages von der Gültigkeit der Leistung abhängt.

Es ergibt sich: Entscheidend ist nicht, daß im Anfang des Vertrages die Sachleistung steht — Kauf, Schenkung, Miete usw. bleiben Konsensualverträge, auch wenn ein der Leistung vorangehender Verpflichtungszustand nicht wahrnehmbar ist. Entscheidend ist vielmehr, daß die „res" den Vertragstypus bestimmt, mit der Maßgabe, daß dieser Vertragstypus ohne „res" als solcher nicht existiert.

Abzulehnen ist daher die Auffassung, ein und derselbe Vertragstyp könne bald unter die Real-, bald unter die Konsensualverträge eingereiht werden.[11]) Die Bestimmung der „res" als Qualitätserfordernis hat nur dann terminologischen Wert, wenn es sich um eine geschlossene Anzahl von Vertragstypen handelt und nur auf diese der Terminus Realvertrag Anwendung findet.[12])

Dies erkannten richtig Windscheid und insbesondere Brinz. Brinz[13]) versucht eine Abgrenzung der Realkontrakte, indem er

---

[10]) Die Haftung des Gebers falscher Münzen ist daher nach der Realvertragstheorie nicht aus Darlehn begründet (so unzutreffend Dernburg, Pand. Bd. 2 § 87 Nr. 2), sondern aus unerlaubter Handlung oder allenfalls aus dem Darlehnsvorvertrag (vgl. Oertmann zu § 607 Vorbem. 5 a).

[11]) Dieser Meinung Kohler, vgl. ArchBürgR. Bd. 2 S. 238/39, Lehrb. des bürgerl. R. S. 233 Anm. 1 ArchBürgR. Bd. 33 S. 2; Stintzing S. 63; Schloßmann in JheringsJ. Bd. 45; Cosack, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 S. 510 u. a.

[12]) Übereinstimmend Adler S. 201: „Nun ergeben es doch die einfachsten Grundsätze der juristischen Technik sowie die Pflicht nicht ohne Grund, von der ererbten Bezeichnung abzugehen, daß, wenn es wirklich Verträge gibt, zu deren Tatbestand Realleistung notwendig gehört, nur diese Realkontrakte heißen müssen".

[13]) Brinz, Pand. 2. Aufl. § 248 S. 135.

sagt: Nicht jeder mit Realleistung beginnende Vertrag ist Realvertrag, sondern nur dann, wenn sich die in jedem Realvertrag vorkommende obligatorische Willensübereinkunft als ein „modus" erweist mit der Maßgabe, daß die Hingabe unter der Auflage der Rückgewährung des Empfangenen in natura oder von tantundem eiusdem generis erscheint. So definiert Windscheid: „Ein Darlehn geben heißt, jemandem eine Quantität vertretbarer Sachen zum Eigentum geben mit der Auflage, eine gleiche Quantität gleicher Sachen zurückzugeben".[14]) Nun aber ist die Rückerstattungspflicht nicht das Kriterium eines Realvertrags. Beim römischen pignus bestand zweifellos die Möglichkeit der Nichtrückgewähr der Pfandsache. Mit Recht hebt Schloßmann (a. a. O. S. 45) hervor: „Die für die Realverträge bestehenden Rechtssätze beschränken sich keineswegs auf die Feststellung der Rückgabepflicht, sondern beziehen sich ebenso wesentlich in erster Linie auf die beiderseitigen vielfältigen Pflichten für die Zeit des Bestehens jener Verhältnisse". Im übrigen spricht gegen die Annahme eines „modus" folgende Erwägung: Der modus als solcher muß dem Rechtsgeschäft, mit dem er verbunden wird, an sich auch fehlen können. Beim Realkontrakt aber ist die von Brinz als modus gekennzeichnete Bestimmung unumgängliches Vertragselement, mithin kein modus im technischen Sinne.[15]) Die Brinzsche Modustheorie vermag sonach ebensowenig den Realvertrag einheitlich festzustellen wie die zu 1. S. 3 genannte Theorie. Auch die Unmöglichkeit der Rückleistung vor der Leistung war kein geeignetes Substrat für einen Rechtssatz.

Wie nach alledem der Begriff des Realvertrags positiv bestimmt werden muß, liegt auf der Hand. Da eine Abgrenzung der Realverträge auf Grund ihrer natürlichen Beschaffenheit nicht

---

[14]) Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 530.

[15]) vgl. Adler S. 202, der den Realkontrakt definiert als einen Vertrag, welcher als solcher ohne Sachleistung nicht — auch nicht bedingt — bestehen kann; vgl. auch S. 203: „Die Realleistung ist meist vom objektiven Recht zum Qualitätserfordernis erhoben". Irrig ist, wenn Adler als Vertreter der „Naturnotwendigkeit" der Realverträge angesehen wird, wie z. B. von Bülau S. 21. Adler selbst bekämpft die Auffassung, nach welcher das Gesetz nicht imstande wäre, die Realverträge zu beseitigen, S. 220 Anm. 39.

möglich ist, bleibt nur übrig, die Realnatur bestimmter Verträge auf Gesetzesvorschrift zurückzuführen. D. h. Realkontrakte sind nur diejenigen, bei denen das objektive Recht die Realleistung zum Qualitätserfordernis erhebt.

Es soll hiermit nicht behauptet sein, daß lediglich das objektive Recht Realverträge erzeugen könne; auch der Parteiwille ist imstande, die Realleistung zum Tatbestandsmerkmal zu erklären. So kann vereinbart werden, daß erst nach der Übergabe einer Sache der Kaufvertrag abgeschlossen sein solle, nicht durch den bloßen Konsens. In diesem Falle würde auch die Gültigkeit des Vertrages von der Gültigkeit der Leistung abhängen wie bei einem realen Darlehn. Die begriffliche Möglichkeit eines gewillkürten realen Vertrages ist nicht zu leugnen. Jeder Realvertrag enthält einen Konsensualvertrag. Das Minimum, das das Gesetz vorschreibt, wird erfüllt. Von einem weiteren Umstande, von der Hingabe, den Vertragsbeginn abhängig zu machen, kann den Parteien nicht verwehrt werden. Freilich kann der gesetzlich als Konsensualvertrag gekennzeichnete Kaufvertrag durch Parteivereinbarung nicht in einen Realvertrag im technischen Sinne verwandelt werden. Es handelt sich genau genommen um den Abschluß eines im Gesetz nicht geregelten Vertrages. Ebenso steht es nicht in der Macht der Parteien, einen im Gesetz als Realvertrag geregelten Vertrag zu einem konsensualen zu machen, denn ein gesetzliches Qualitätserfordernis ist der Parteidisposition entzogen. Wie die Parteien nicht einen Wechsel als solchen anerkennen können, wenn ein wesentliches Wechselerfordernis fehlt, so würden die Parteien ein Darlehnsgeschäft, das das Bürgerliche Gesetzbuch als Realvertrag auffaßt, nicht zum Konsensualvertrag erheben können. Der Vertrag, den die Parteien schließen, wäre deswegen nicht schon nichtig, aber eben kein Darlehnsvertrag im Sinne des Gesetzes. Es würde sich daher empfehlen, daß mit dem prägnanten Terminus Realvertrag nur die obligatorischen, vom Gesetz als Realverträge gekennzeichneten Verträge belegt würden. Bei allen übrigen analogen Tatbeständen dagegen sollte nur von Realform oder Konsensualform die Rede sein.[16])

[16]) vgl. Scherler S. 19.

Festzuhalten aber ist vor allem daran, daß der Realkontrakt als Vertragskategorie lediglich im objektiven Recht seine Grundlage findet.

§ 2.

Geschichte.

I. Römisches Recht.

Die oben entwickelte Auffassung des Realvertrags findet in der Geschichte ihre Bestätigung.

Im alten römischen Recht war der Kreis der Realverträge aller Wahrscheinlichkeit nach ein weiterer und beschränkte sich nicht auf Leihe, Darlehn, Verwahrung und Pfand. Vor allem dürfte der Kauf im alten römischen Recht Realvertrag gewesen sein.[1]) Der altrömische Kauf war stets Barkauf. Der Preis mußte den Verkäufern zugewogen sein, damit ein gültiger Vertrag zustande kam. Der äußere Vorgang ist der der Manzipation. Es handelt sich bei dieser Manzipationsform um einen rechtlich geschützten Umsatz von Ware gegen Geld, ohne daß ein Schuldverhältnis dem Realakt des Gebens und Nehmens vorausging. Als der schon in früher Zeit vorgeschrittenere Handelsverkehr das Bedürfnis nach dem Zeitgeschäft, vor allem nach der Kreditierung des Kaufpreises, weckte, suchten die Römer diesem Bedürfnis entgegenzukommen, indem sie unter Beibehaltung der Manzipationsform das Manzipationsgeschäft den neuen Anforderungen anpaßten. Statt des Zuwägens des Kaufpreises wird nun mit einem Erzstück an die Wage geschlagen und dieser „nummus unus" dem Verkäufer übergeben. Dieser mancipatio imaginaria begegnen wir bereits in den zwölf Tafeln. Est autem mancipatio imaginaria quaedam venditio, quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est ... Die Übergabe des Erzstückes hat keinen wirtschaftlichen, sondern nur juristischen Wert. Die Hingabe des Erzstückes soll den Moment kennzeichnen, in dem der Kreditierungswille als ernst und rechtlich verbindlich in Erscheinung tritt. Der Verpflichtungswille ist

---

[1]) vgl. insbesondere Mitteis, Privatrecht Bd. 1 S. 258; v. Jhering, Geist des röm. R. Bd. 2 S. 538 ff.; and. M. Girard Bd. 1 S. 582.

nicht mehr mit Leistung, sondern mit bloßer Solennität verknüpft. An Stelle des realen Moments tritt ein formales. Freilich bewahrte trotzdem der Kauf seine reale Natur, da das Geben und Nehmen der Ware nach wie vor die Grundlage des Vertrags blieb. Erst als nicht mehr die Eigentumsübertragung zum Zustandekommen des Kaufvertrags erforderlich war, sondern die Willenserklärung sie ersetzte, hat der römische Kauf seinen konsensualen Charakter erhalten. Wie sich diese Wandlung vollzog, hat v. Petrazycki überzeugend dargestellt. Seiner Ansicht nach erwies sich vielfach als unzweckmäßig, daß der Käufer die tradierte Sache, deren Eigentum übergangen war, behielt. Er gab sie daher dem Verkäufer in Verwahrung und erhielt nunmehr einen Anspruch auf Rückgabe aus dem Verwahrungsvertrag. Erst später habe dann der Verkäufer die Sache sofort behalten. Die Eigentumsübertragung wurde als umständlich vermieden. Da der Verkäufer jetzt Eigentümer blieb, mußte dem Käufer ein anderer rechtlicher Schutz zuteil werden. Dieser wurde ihm mit der actio ad id consequendum, quod eius non fuit gewährt. Indem aber so der ursprüngliche Restitutionsanspruch sich in einen Leistungsanspruch verwandelte, ist aus dem realen Kaufgeschäft ein konsensualer Kaufvertrag geworden.[2])

Für die ursprüngliche Realnatur der Miete sprechen ebenfalls manche Momente. Der Mietzins brauchte in klassischer Zeit erst und nur so weit gezahlt zu werden, als dem Mieter der Gebrauch der Mietsache überlassen war. Die Leistung des Mieters scheint also von der des Vermieters abhängig gewesen zu sein und entsprang nicht aus dem konsensualen Versprechen.[3]) Auch die ursprüngliche Realvertragsnatur der societas und des mandatum ist nicht unwahrscheinlich.[4])

Es läßt sich die Tendenz einer wachsenden Anerkennung der Konsensualverträge auf Kosten der Realverträge verfolgen. Nur das depositum commodatum mutuum und pignus blieben in der Entwicklung zurück.

Der Grund ist in wirtschaftlichen Momenten zu finden. Das

[2]) vgl. Petrazycki S. 46.
[3]) vgl. Pernice S. 467 Anm. 2.
[4]) vgl. Bülau S. 45.

depositum commodatum und mutuum waren in Rom typische Gefälligkeitsgeschäfte. Den Gefälligkeitspromittenten aber zur Erfüllung seiner Zusage zu zwingen, widerstrebte den Römern. Beim Pfandvertrag andererseits lag ein Bedürfnis nach einer actio nicht vor; der Gläubiger wird den Kredit erst nach Pfandbestellung gewährt haben. Diese aber konnte er leicht erzwingen mit der Drohung, andernfalls die sofortige Leistung zu verlangen.[5]) Überall ließen die Römer daher eine actio auf die Hingabe der Leistung nicht zu, sondern knüpften an die „res" die Begründung des Schuldverhältnisses.

Den eigentlichen vier Realkontrakten reihen sich später die sogen. Innominatkontrakte an. Nachdem bereits der Prätor in einzelnen Fällen für bestimmte Tatbestände eine actio in factum gewährt hatte, wurde diese später generell gegeben, sofern eine Vorleistung erfolgt war. Der Vorleistende erhält eine actio, die Gegenleistung zu erzwingen. Sachlich waren diese Verträge Realkontrakte,[6]) wenn sie auch formell von diesen unterschieden blieben. Geschichtlich bildeten sie nur eine Übergangsstufe zum Konsensualvertrag. Solange die Innominatkontrakte die Vorleistung zur Klagvoraussetzung hatten, die Vorleistung also als Rechtsgrund erschien, haben sie ihre Realnatur bewahrt. Als aber neben die condictio wegen Nichtleistung ein Anspruch auf Erfüllung trat, verloren die Verträge ihren realen Charakter und wurden sachlich Konsensualverträge; denn eine Verpflichtung zur (realen) Vorleistung schließt begrifflich den Realvertrag aus.[7]) Es ist daher verständlich, daß die Innominatkontrakte als Übergangsformen auf das römische Kontraktsystem ohne Einfluß blieben. Die Gliederung sämtlicher Verträge in vier Vertragskategorien über-

[5]) vgl. die Darstellung bei Schloßmann S. 63 ff.

[6]) Es scheint mir daher nicht zutreffend, wenn die sogen. Innominatverträge als Verträge auf Leistung gegen Leistung gekennzeichnet werden; vgl. z. B. Seuffert Zur Geschichte der obligatorischen Verträge S. 1. Die Leistungen standen ursprünglich jedenfalls nicht einander als Gegenseitigkeitsleistungen gegenüber. Die Vorleistung aus den Innominatverträgen war nicht wie die Vorleistung im Sinne des § 321 BGB. Erfüllung, sondern Tatbestandsmerkmal des realen Vertrages. Erfüllungshandlung ist nur die durch die Vorleistung ausgelöste Leistung des Empfängers; vgl. auch die Fortsetzung im Text.

[7]) vgl. S. 40/41.

dauerte die geschichtliche Entwicklung. Als Realkontrakte im technischen Sinne aber wurden lediglich das depositum mutuum, commodatum und pignus betrachtet.

II. Deutsches Recht.

Dem alten deutschen Schuldrecht ist der römische Gegensatz von klagbaren und klaglosen Verträgen nicht bekannt. Ein anderer Gegensatz ist für das deutsche Recht in den Vordergrund zu rücken, der Dualismus von Schuld und Haftung.

In älterer Zeit galt als herrschende Ansicht, daß das deutsche Recht unter dem Grundsatze der Formenfreiheit stand und daher jeder Schuldvertrag formlos gültig war. Später gewann die entgegengesetzte Meinung allgemeine Geltung, welche für das deutsche Recht nur Formal- und Realverträge unterschied, die Existenz von Konsensualverträgen aber leugnete. Insbesondere hat Sohm diese Meinung in seiner Abhandlung „Das Recht der Eheschließung" S. 23 ff. mit Nachdruck vertreten.

Erst als der Gegensatz von Schuld und Haftung in seiner durchgreifenden Bedeutung erkannt wurde, vergegenwärtigte man sich, „daß das Schuldrecht als solches kein Obligationenrecht war, sondern durch ein selbständiges haftungsrechtliches System ergänzt wurde, das seinerseits ein Schuldrecht voraussetzte, aber nicht einschloß" (Gierke). Es wurde nunmehr ersichtlich, daß der Schuldvertrag als solcher keiner Form bedurfte. Das Leistensollen, die Schuld, hing von dem schlichten formfreien Geben und Nehmen eines Versprechens ab. „Ein Mann, ein Wort", sagt das altdeutsche Sprichwort. Das Leistenmüssen aber, die Erfüllung, wurde erst dadurch gewährleistet, daß neben der Schuld auch Haftung begründet wurde. Die Haftungsbegründung — und dies ist das wesentliche — erfolgte, sofern nicht an einen bestimmten Tatbestand von Rechtswegen haftungsrechtliche Wirkungen geknüpft waren, durch ein selbständiges Rechtsgeschäft. Die bloße Schuld ist niemals Haftungsgrund.

Nicht die Klagbarkeit wie im römischen Recht, sondern die Erzwingbarkeit ist an weitere Erfordernisse geknüpft. Diese Erfordernisse aber sind ebenso wie im römischen Recht eine bestimmte Form oder Leistung. Die deutschen Verträge sind also ihrer recht-

lichen Natur nach unter dem Gesichtspunkte der Schuld betrachtet Konsensualverträge, unter dem Gesichtspunkte der Haftung Real- oder Formalverträge.

Wenden wir uns zu den Realverträgen des deutschen Rechts, so machen wir wiederum die Beobachtung, daß nicht nur Darlehn, Leihe, Verwahrung und Pfand, sondern eine Reihe anderer Verträge, vor allem wieder der Kauf, ursprünglich realer Natur waren.

Nicht schon auf Grund der Einigung über Ware und Preis, sondern erst, wenn von einer Seite die Leistung erfolgt war, wird der Kaufvertrag erzwingbar. „Der Empfänger schuldet hier eine Leistung, weil er sie versprochen hat, haftet aber für diese Schuld mit seinem Vermögen, weil er für sie ein Äquivalent empfangen hat.“[8]) Die deutschrechtliche Empfangshaftung ist eine Art der Vermögenshaftung. Ihre Wirkung ist daher, daß dem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung der Schuld der Zugriff auf das gegnerische Vermögen eröffnet wird.

Charakteristisch für den deutschen Realvertrag ist, daß lediglich an die Tatsache des Leistungsempfanges als solchen die haftungsrechtlichen Wirkungen geknüpft sind. Wiederum wie im römischen Recht erscheint die „res“ als materieller Vertragsbestandteil, nicht als formales Vertragselement. Dies wird noch klarer, wenn man die weitere Entwicklung des ursprünglich realen Kaufvertrags betrachtet. Der Käufer trug in den häufigen Fällen, wo der Zahlung des Preises nicht auf der Stelle die Hingabe der Ware folgte, naturgemäß eine Gefahr. Ganz insbesondere galt dies auch von dem altdeutschen Verlobungsvertrage, der rechtlich nichts weiter als Kaufvertrag war. Die traditio puellae, welche die Gegenleistung des Verkäufers bildete, hatte nach feststehender Sitte erst nach Abschluß des Verlobungsvertrages zu erfolgen. Der Verlobungsvertrag war also, wie Sohm S. 28 ausführt, „stets ein Kauf mit Vorleistung des Käufers“. Um nun zugunsten des Käufers die Gefahr, welche die Vorleistung mit sich brachte, zu beseitigen oder wenigstens zu mindern, entwickelte sich bald der Rechtssatz, daß die Empfangshaftung bereits an den Teilempfang, schließlich wohl sogar nur an eine Scheinleistung gebunden ist.

---

[8]) Gierke S. 81.

Damit gelangen wir zu dem sogen. Arrhalvertrag. Die deutsche Arrha hat weniger konfirmatorische, als vielmehr konstitutive Bedeutung. Sie ist das Mittel, die Empfangshaftung zu begründen. Sofern die Arrha noch als Wertobjekt in Betracht kam, handelte es sich um einen aus realen und formalen Elementen zusammengesetzten Vertrag.[9]) Vielfach aber sank sie zu einem bloßen Symbol der Leistung herab und hatte lediglich formalen Wert. Die Arrha in dieser Form wurde daher folgerichtig dem Käufer nicht vom Preise abgezogen, weil sie wirtschaftlich keine Leistung war. Sie ist dann wie im römischen Recht der nummus unus nur rechtlich, nicht wirtschaftlich zu werten.[10]) Sie ist das juristische Mittel, die Erzwingbarkeit des Kaufvertrages von der ursprünglich erforderlichen Realleistung zu befreien.

Ursprünglich verhaftete die Arrha als wirkliche reale Vorleistung nur den Empfänger. Der Geber hatte durch Hingabe der Arrha seinerseits vollgeleistet, was er schuldete, so daß es eines Erfüllungszwanges gegen ihn nicht bedurfte.

In dieser Gestalt begegnet uns der Arrhalvertrag im Gesetzbuche Eurichs und in der lex Wisigothorum.[11]) Nach den späteren bayrischen Volksrechten dagegen erscheint die Arrha bereits als haftungsbegründendes Moment für beide Teile.[12])

---

[9]) vgl. Gierke S. 131.

[10]) Wenn Sohm (S. 30) meint, die Arrha sei das Mittel gewesen, um unter dem Schein des Realkontrakts den Konsensualvertrag dem Erfolg nach in das deutsche Recht einzuführen, so erklärt sich dies damit, daß Sohm die Unterscheidung von Schuld und Haftung nicht macht. — Der konsensuale Schuldvertrag brauchte nicht erst eingeführt zu werden. Der Arrhalvertrag ist Haftungsgeschäft, die Teilleistung oder Scheinleistung daher kein schuldbegründender Akt; vgl. Gierke S. 343.

[11]) cod. Euric. c. 297 bei Zeumer: „Qui arras pro quacumque acceperit re, pretium cogatur implere, quod placuit; emptor vero si non occurrit ad diem constitutum, arras tantummodo recipiat quas dedit, et res definita non valeat". Es wird nur dem Empfänger eine Haftung auferlegt, während der Geber, hier der Käufer, zur Preiszahlung nicht angehalten werden, sondern die Arrha sogar zurückfordern kann; vgl. auch lex Wisig. V, 4, 6.

[12]) lex Bajuv. 16, 10: „Qui arras dedit pro quacumque re, pretium cogatur implere quod placuit emptori . . ." Hiernach haftet also der Käufer auf Erfüllung.

Die gegensätzliche Auffassung der Quellen hat zu der Meinung Anlaß gegeben, in der lex Bajuv. sei mit der Arrha nicht ein Handgeld, sondern ein wadium gemeint. Dies ist jedoch nicht wahrscheinlich. Die Wadiation oder „Wette" war der typische Formalakt des deutschen Rechts mit dem Ziele, die Vermögenshaftung des Gebers zu begründen. Die wadia gibt dem Empfänger des Recht, im Falle der Nichteinlösung der wadia in das Vermögen des Gebers unter Bruch dessen Gewere zuzugreifen. Das Wesentliche an der wadia ist ihre Funktion, den Geber (und nur diesen) zu verhaften. Dadurch unterscheidet sie sich grundsätzlich von der Arrha. Im übrigen ist die wadia stets Sinnbild, Pfandsymbol, während die Arrha meist auch realen Wert hat und nur ausnahmsweise sich als Scheinleistung oder Leistungssymbol darstellt.

Weisen sonach wadia und arrha wesentliche Verschiedenheiten auf, so kann ihre Gleichsetzung für die lex Bajuv. um so weniger unterstellt werden, als die wadia ein den bayrischen Volksrechten durchaus bekanntes Institut ist. Dazu kommt, daß der wadia eine auch den Empfänger verhaftende Wirkungskraft nicht zusteht, so daß sich die doppelte Haftungswirkung der Arrha durch eine Identifizierung mit der wadia nicht erklären läßt.[13])

Verbietet sich sonach die Gleichsetzung von wadia und arrha, so läßt sich freilich die doppelseitige Verhaftungskraft der arrha nur damit erklären, daß letztere die Funktion der Wadia in sich aufgenommen hat.[14]) Wie dies geschah, läßt sich nach Heusler und Gierke nur vermuten. Beide, im wesentlichen übereinstimmend, gehen davon aus, daß es der Billigkeit entsprochen habe, wenn der Käufer, welcher den Verkäufer durch die arrha band, auch gleichzeitig sich selbst verhaftete. Ursprünglich sei daher wohl neben der arrha die wadia gegeben worden; späterhin sei dann die doppelte Gabe durch die einfache Gabe mit doppelter Wirkungskraft verdrängt worden.

Vielleicht darf die Erklärung für die Aufnahme der Wadiafunktion in den Arrhalvertrag eher in folgender Erwägung gefunden werden.

Realvertrag und Empfangshaftung sind für das deutsche

[13]) vgl. Gierke S. 350.

[14]) vgl. Heusler S. 254ff.; Gierke S. 350/51.

Recht zusammengehörige Begriffe. An den Empfang der Leistung knüpfen sich die haftungsrechtlichen Wirkungen einerseits, wie das Zustandekommen des Realvertrags andererseits. Es ist nun verständlich, daß in dem Augenblick, wo an die Stelle der vollen Leistung die Teilleistung tritt, wo mit anderen Worten der Realvertrag sich dem Formalvertrag nähert, auch die Teilleistung, die arrha, als eine aus realen und formalen Elementen zusammengesetzte Leistung ihre haftungsrechtlichen Wirkungen ändert. Die arrha bleibt zwar grundsätzlich Realleistung, d. h. eine Leistung, die als solche vom Recht beachtet wird; aber sie erschöpft sich nicht in dieser Funktion. Sie ist gleichzeitig von formaler Bedeutung und insofern der wadia, dem Pfandsymbol, verwandt. Die Wirkung der wadia aber ist die Verhaftung des Gebers. Es hat daher m. E. seinen inneren logischen, nicht nur geschichtlichen Grund, wenn die Verpflichtungskraft der Vorleistung durch Übertragung auf eine Teilleistung, die arrha, sich steigerte und dementsprechend beide Kontrahenten verhaftet wurden. Die Aufnahme der Wadiafunktion wurde dadurch erleichtert, daß die wadia in jedem beliebigen Gegenstande, also auch in der arrha, bestehen konnte. Um die doppelte Verhaftungskraft der arrha einzuführen, bedurfte es daher lediglich der Erkenntnis, daß der Arrhalvertrag sich aus realen und formalen Elementen zusammensetze und andererseits der Folgerung, daß der Geber wie bei dem typischen Formalvertrag, der Wadiation, das Angeld zugleich zum Pfande zu geben habe. Auf eine solche Erwägung deutet die lex Bajuv. 17, 3 mit den Worten „donat quasi propignore“ hin. Die arrha ist nicht Pfandsymbol, weil sie auch reale Leistung ist, aber sie soll gleichzeitig als Pfandsymbol wirken (quasi propignore), weil sie als Form diesem verwandt ist.

Die Entwicklung des Arrhalvertrags zeigt, daß die Leistung ihre Funktion, konstitutives Element reiner Empfangshaftung zu sein, verliert, weil die arrha mehr und mehr den Charakter einer wirtschaftlich erheblichen Leistung einbüßt.

Das Wesen des Realvertrags besteht sonach wirtschaftlich in dem Empfang einer wirklichen Leistung als Vermögensobjekt, rechtlich in der Leistung als einem materiellen, nicht formalen Vertragsbestandteil.

Aus dem Gegensatz von Schuld und Haftung aber ersehen wir eine noch weitergehende Folgerung. Wenn jedes Schuldverhältnis als solches schon durch die Willensübereinstimmung zustande kam und nur zur Haftungsbegründung die „res" oder Form erforderlich war, dann kannte das deutsche Recht auch bei den sogen. Realkontrakten eine Schuldverpflichtung vor Empfang der „res". Die „res" war eben nicht schuldschöpferisch, sondern nur haftungsbegründend. Für den Schuldinhalt maßgebend ist nur das Versprechen. Dafür, daß Leihe, Darlehn und Verwahrung in dieser Beziehung eine Ausnahme gebildet hätten, findet sich kein Anhalt. Die allgemeine Regel gilt auch für diese Verträge.[15]) Damit findet die Theorie von der „Naturnotwendigkeit" gewisser Realverträge auch ihre geschichtliche Widerlegung.

Ergebnisse.

Fassen wir aus der geschichtlichen Betrachtung das für den Realvertragsbegriff Wesentliche zusammen, so ergibt sich:

1. Die „res" ist nicht Form wie die verba und literae des römischen Rechts oder die wadia des deutschen Rechts, sondern Leistung im Sinne von materiellem Vertragsbestandteil.

2. Welchen Verträgen die „res" als notwendiges Element eignet, ergibt sich aus dem jeweiligen objektiven Recht. Dies hat in der Geschichte die Tendenz, sich vom Realvertrag zu emanzipieren.

3. Wenn in der römischgeschichtlichen Entwicklung das mutuum, commodatum, depositum und pignus zurückblieben, so hat dies seine Ursache in wirtschaftlichen oder rechtspolitischen Motiven, erklärt sich aber nicht aus der „Natur der Sache". Bestimmend für die Realvertragsnatur ist stets nur das objektive Recht.

4. Das objektive Recht, sofern es überhaupt eine systematische Gliederung aufweist wie das römische Recht, hat die Neigung, nur einen festumrissenen Kreis von Realkontrakten als solche anzuerkennen, nur wenige bestimmte Verträge mit dem prägnanten Terminus Realvertrag zu belegen.

---

[15]) „Die Verpflichtung zur Rückerstattung aus Leihe, Darlehn, Hinterlegung usw. bemißt sich nach einem Versprechen, das durch das Geben und Nehmen keine äußere Erkennbarkeit erlangt" (Gierke S. 122).

Es ist nach alledem ersichtlich, welcher Standpunkt für das geltende Recht einzunehmen ist.

Das geltende Recht kennt nicht den Gegensatz von klagbaren und klaglosen Verträgen. Jeder Vertrag ist grundsätzlich als solcher verbindlich und erzwingbar; schulderzeugendes Moment aber ist die Willensübereinstimmung. Da nun die Leistung „res" nicht als Form, sondern als Qualitätserfordernis zu betrachten ist, also nicht formell, sondern materiell zu werten ist, wird durch das für das Bürgerliche Gesetzbuch geltende Prinzip der Formlosigkeit der Verträge die Existenzberechtigung der Realverträge für das geltende Recht nicht ausgeschlossen. Da aber andererseits die Realqualität niemals auf „Naturnotwendigkeit", sondern auf positiver Regelung beruht, muß aus dem jeweiligen objektiven Recht die Realnatur der bestimmten Verträge hervorgehen. Auf Leihe, Darlehn und Verwahrung angewandt: diese Verträge sind nur dann Realkontrakte, wenn das Gesetz sie als solche regelt.[16])

[16]) Unter Regelung ist nicht nur eine ausdrückliche zu verstehen, sondern es ist als ausreichend zu erachten, wenn sich die Realnatur der strittigen Tatbestände aus dem Sinne des Gesetzes ergibt oder wenigstens ihre reale Auffassung der konsensualen vorzuziehen ist. Unzutreffend ist jedenfalls die vielverbreitete Behauptung, das Bürgerliche Gesetzbuch hätte, wenn es die Konsensualnatur des Darlehns anerkennen wollte, dies in klarer Weise zum Ausdruck bringen müssen.

Zweiter Abschnitt.

Die Realvertragstheorie und das Bürgerliche Gesetzbuch.

Unter den streitigen Verträgen, Darlehn, Leihe und Verwahrung, stand von jeher der Darlehnsvertrag im Mittelpunkt der Kontroversen. Er wurde als Prototyp des Realvertrags angesehen. Mancher Schriftsteller, der für Leihe oder Verwahrung sich der Konsensualtheorie anschloß, glaubte für das Darlehn auf dem entgegengesetzten Standpunkt beharren zu müssen.[1]) Das Darlehn nimmt auch im Verkehr gegenüber dem Leih- und Verwahrungsvertrag eine hervorragende Stellung ein. Es wird daher der Darlehnsvertrag im folgenden an erster Stelle behandelt werden.

Die allgemeinen Grundsätze, insbesondere die im Anschluß an die Vorvertragslehre gefundenen Ergebnisse, werden auch auf den Leih- und Verwahrungsvertrag übertragen werden können, so daß diese beiden Vertragsarten nur einer kurzen ergänzenden Behandlung bedürfen werden.

A. Der Darlehnsvertrag.

§ 3.

Die Bedeutung des § 607 Abs. 1 BGB.

Eine Definition des Darlehns gibt das Gesetz nicht. § 607 Abs. 1 sagt:

> „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehn empfangen hat, ist verpflichtet, dem Darleiher das

[1]) vgl. Schloßmann in JheringsJ. S. 45; Kipp bei Windscheid Bd. 2 S. 551; Cosack §§ 141, 142, 154; Bernhöft in v. Birkmeyers Enzykl. 1912 S. 467, 472, 479.

Empfangene in Sachen von gleicher Art und Güte zurückzuerstatten".

Die Fassung des § 607 Abs. 1 ist für viele mitbestimmend, das Darlehn als Realvertrag aufzufassen.[2]) Einzuräumen ist, daß im § 607 Abs. 1 die Erstattungspflicht in Verbindung gebracht wird mit dem Empfang des Darlehns, nicht aber wird der Empfang als begriffliches Tatbestandsmerkmal des Darlehns gegeben: Der Gesetzgeber hatte lediglich im Auge, Merkmale des Darlehns zu setzen, welche das Darlehnsgeschäft von anderen, dem äußeren Vorgange nach ähnlichen abgrenzt, z. B. vom Verwahrungsvertrag, von der Schenkung und von der Leihe. Völlig unberührt aber bleibt die Kernfrage, in welchem Augenblick das Schuldverhältnis zwischen Darlehnsgeber und -nehmer entsteht. „§ 607 Abs. 1 regelt die Erstattungspflicht, nicht den Realkontrakt."[3]) Mit Unrecht wird daher bei den Vertretern der Realvertragstheorie auf den Sprachgebrauch des § 607 Abs. 1 entscheidendes Gewicht gelegt. Dies läßt sich auch aus folgendem nachweisen:

Der 1. Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch bestimmte in § 453 Abs. 2: „Ist der Empfänger durch die Darleihung nicht Eigentümer geworden, so ist der Darlehnsanspruch gegen ihn nicht begründet". Mit diesem Standpunkt übereinstimmend sagen die Motive (Bd. 2 S. 307): „Wird dem Empfänger durch die Hingabe nicht Eigentum verschafft, so liegt ein gültiges Darlehn nicht vor". Diese Bestimmung wurde jedoch durch die zweite Kommission nicht aufgenommen, und zwar, wie die Protokolle (Bd. 2 S. 168) erklären, auf Grund der Erwägung, daß die Bestimmung einerseits etwas Selbstverständliches, andererseits aber auch Unrichtiges enthalte, da auch ohne Hingabe der Empfang der Darlehnssumme z. B. im Wege der Umschreibung auf Girokonto erfolgen könne. Daß ein Darlehn in der Tat durch Gutschrift und Forderungs-

---

[2]) vgl. Manigk S. 194: Das Darlehn sei gemäß § 607 als ein Realgeschäft anzusehen, da die Verpflichtung zur Rückerstattung die Hingabe der „res" voraussetze; ebenso Kuhlenbeck in JW. 1904 S. 377; Fischer-Henle zu § 607 Abs. 1; Enneccerus 1912 S. 393 Anm. 3 u. a. Die Motive haben jedenfalls, obwohl die Verfasser auf dem Boden der Realvertragstheorie standen, keine Entscheidung in ihrem Sinne geben wollen (Mot. Bd. 2 S. 306).

[3]) Krahmer S. 40.

abtretung zustande kommen kann, läßt sich nicht bezweifeln und wird auch von seiten der Realvertragstheorie zugestanden.[4]) In diesem Zusammenhange ist auch der sogen. „contractus mohatrae" zu erwähnen. Es ist zwar streitig, ob im Zweifel das Darlehn erst perfekt wird, wenn der Darlehnssucher den Verkauf bewirkt und den Erlös empfangen hat,[5]) oder ob im Zweifel die Meinung der Parteien dahin geht, daß das Darlehn sofort mit dem bewirkten Verkaufe entsteht, der Verkäufer also statt der Barauszahlung die durch den Verkauf erworbene Forderung empfangen soll.[6])

Einigkeit herrscht jedenfalls darüber, daß die Begründung eines Darlehnsverhältnisses durch Verschaffung eines Forderungsrechts möglich ist.

Dann aber kann das Gesetz in § 607 Abs. 1 unter „Empfangen" nicht lediglich das sinnliche Ergreifen eines Sachgutes verstehen. Dies wird richtig auch von Enneccerus (S. 372), Oertmann (zu § 607) und Eck (Vorträge S. 506) erkannt. Dennoch wird der Einklang der Realvertragstheorie mit der Darlehnsbegründung durch Einräumung eines Forderungsrechts behauptet.

Nach Oertmann und Enneccerus ist die Sachübergabe nicht begriffsnotwendig für das Realgeschäft, sondern nur die Herbeiführung einer Rechtswirkung, an die der Parteiwille eine weitere Wirkung knüpfe. Es genüge daher, daß an Stelle des Darlehnsgegenstandes der Wert desselben in das Vermögen des Empfängers übertragen wird. Die Überführung des entsprechenden Wertquantums brauche nicht körperlich zu erfolgen. Es werden mithin dieser Ansicht nach jede indirekte Valutaregulierung dem Realgeschäft, jede Vermögenszuwendung dem Eigentumserwerb als darlehnsbegründende Momente gleichgesetzt.

Dieser Auffassung ist, so überzeugend sie auf den ersten Blick auch erscheint, nicht beizustimmen. Ihr Fehler beruht in unrichtiger Übertragung wirtschaftlicher Begriffe in das Recht. Rechtlich kann der Wert nicht wie in der Wirtschaftslehre direkt als

---

[4]) vgl. Enneccerus § 362 II, 2 c; Eck, Vorträge § 83; Planck Vorbem. zu § 607; Crome S. 599.

[5]) So Enneccerus S. 398.

[6]) So Planck zu § 607, 5 b β.

Vermögensgegenstand behandelt werden.[7]) Der Wert, soll er keine bloße Abstraktion sein, läßt sich nicht von den Sachgütern scheiden. In der Sprache des Rechts ist es erforderlich, der Wertübertragung einen konkreten Ausdruck zu verleihen;[8]) nicht der den Gütern anhaftende Wert, sondern nur die Güter selbst sind Gegenstand des rechtlichen Verkehrs. „Gut" ist zwar ebenfalls ein der Wirtschaftslehre entnommener Begriff, gehört aber zu einem Oberbegriff, der sowohl in der Wirtschaftslehre als auch im Recht anerkanntermaßen eine Stellung hat, dem Vermögen. „Was Bestandteil des Vermögens im rechtswirtschaftlichen Sinne sein kann, erscheint objektiviert als Gut."[9])

Das Vermögensrecht nun zerfällt in das Recht der Schuldverhältnisse und in das Gegenstandsrecht. Letzteres ist im wesentlichen identisch mit dem Sachenrecht, da nach bürgerlichem Recht fast nur körperliche Gegenstände in Betracht kommen. Das Sachenrecht aber weiterhin gliedert sich in das Recht an eigener Sache (Eigentum) und die dinglichen Rechte an fremder Sache (Servituten, Pfandrechte usw.).

Hiernach lassen sich mit Berolzheimer drei Grundarten von Gütern des rechtswirtschaftlichen Verkehrs unterscheiden:

1. Sachgüter, deren rechtliches Korrelat das Eigentum ist;
2. Gebrauchsgüter, deren rechtliches Korrelat die dinglichen Rechte an fremder Sache sind;
3. Leistungsgüter, deren rechtliches Korrelat die obligatorischen Rechte sind.

Die zweite Kategorie scheidet bei Betrachtung des Darlehns aus, da das Darlehn gerade nicht ein Nutzungsrecht an fremder, sondern ein Verbrauchsrecht an eigener Sache gewährt. Sonach können Objekte der Darlehnsbegründung sein: Sachgüter einerseits und Leistungsgüter andererseits.

---

[7]) vgl. Kohler im ArchBürgR. Bd. 33 S. 5: „Wenn der Wert in der Ökonomie nach mancher Richtung hin wie eine Sache betrachtet werden kann, so darf das Recht diesem Beispiele niemals folgen".

[8]) Hohenstein S. 25.

[9]) Berolzheimer S. 447; so auch die herrschende Meinung; and. M. Schöninger S. 73.

Nach dieser Einteilung wird der Fehler, den die Theorie der sogen. Wertübertragung macht, augenscheinlich. Es darf nicht die Vermögenszuwendung durch Forderungsabtretung oder Gutschrift dem Erwerb von Sachgütern durch Eigentumsübertragung parallel gestellt werden. Vielmehr gehört diese Vermögenszuwendung zur Kategorie des Erwerbs von Leistungsgütern. Rechtlich ist mithin die Begründung eines Darlehns durch Forderungsabtretung jedweder Forderungsbegründung überhaupt gleichzustellen. Mag wirtschaftlich es einen Unterschied machen, ob die Forderung gegen den Kontrahenten selbst oder gegen einen Dritten gerichtet ist, mag die Kreditwürdigkeit des einen oder anderen den Wert der Forderung wesentlich beeinflussen, vom rechtlichen Standpunkte aus ist und bleibt sich jedes Forderungsrecht als Vermögensbestandteil gleich. Gerade hier zeigt sich, daß mit dem Wertbegriff rechtlich keine Klarheit sich gewinnen läßt. Die wirtschaftliche Verschiedenheit der Leistungsgüter beeinflußt nicht die rechtliche Gleichheit aller Forderungsrechte. Damit sind wir am Ziele. Denn wird die Möglichkeit einer Darlehnsbegründung durch Forderungsabtretung, also durch Schaffung eines Forderungsrechts gegen einen Dritten, zugestanden, so involviert dies Zugeständnis auch die Möglichkeit einer Darlehnsbegründung durch Forderungsbegründung überhaupt, also auch gegen den Kontrahenten selbst. Die Möglichkeit einer konsensualen Konstruktion des Darlehns ist hiernach nicht abzuweisen. Liegt aber diese nach § 607 Abs. 1 vor, so ist auch die „res“ nicht Qualitätserfordernis des Darlehns, also das Darlehn kein Realvertrag nach Bürgerlichem Gesetzbuch.

Dieses Ergebnis wird durch folgende Erwägung gestützt. Leistung im Sinne des § 607 BGB. ist Geld oder jede andere vertretbare Sache. Der Gesetzgeber hat bei der Regelung des Darlehns nicht jede Vermögenszuwendung schlechthin, sondern nur eine solche im Sinne, welche in unmittelbar greifbarer Form den Vermögenszuwachs erscheinen läßt. Geld oder andere vertretbare Sachen sind nicht Beispiele von Vermögenszuwendungen, sondern ausschließliche Darlehnsleistungen im Sinne des Gesetzes (§ 607 Abs. 1 BGB.). Dies ergibt sich aus § 91 BGB., wo der Begriff der vertretbaren Sache dargelegt wird. Indem das Gesetz still-

schweigend auf § 91 BGB. Bezug nimmt, weist es darauf hin, daß als Darlehnsleistung nur die im Gesetz als solche definierte vertretbare Sache in Betracht kommt. Es kommt dem Gesetzgeber überall nicht auf die Vermögenszuwendung in irgendeiner Form an, sondern auf den Erfolg der Zuwendung.[10]) Erst was der Entleiher als Bestandteil seines Vermögens wirklich erhalten hat, also die Sachleistung, ist Darlehnsleistung. Daraus aber ergibt sich zwingend: Ist Darlehnsbegründung durch Forderungsschaffung möglich, so müssen Darlehnsbegründung und Leistung im Sinne des § 607 auseinanderfallen; denn nicht das Leistungsgut der Forderung, sondern das Sachgut des Geldes oder anderer vertretbarer Sachen ist Leistung im Sinne von § 607 Abs. 1. Nun aber ist vom Standpunkte der Realvertragstheorie der Darlehnskontrakt als solcher hinsichtlich seiner Existenz von der Darlehnsleistung als seinem Qualitätserfordernis abhängig. Es ist daher die Annahme einer Darlehnsbegründung durch Verschaffung eines Forderungsrechts mit dem Wesen des Realkontrakts nicht in Einklang zu bringen.

Dennoch wird man auf die besprochenen Fälle allein die Konsensualtheorie nicht stützen dürfen, da sie nur Abarten der regelmäßigen Darlehnsbegründung darstellen.

§ 4.

Der Schuldumwandlungsvertrag. § 607 Abs. 2 BGB.

Die Bestimmung des § 607 Abs. 2:

> „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sachen als Darlehn geschuldet werden solle",

ist wiederholt zur Entscheidung der theoretischen Frage herangezogen worden. Es scheint in § 607 Abs. 2 zum Ausdruck gekommen, daß der bloße Konsens zur Entstehung einer Darlehnsverbindlichkeit genügt. Es ist nicht ersichtlich, wo das reale Moment bei dem rechtsgeschäftlichen Vorgang des § 607 Abs. 2 zu finden ist.

---

[10]) So zutreffend Hohenstein S. 26.

Demgegenüber ist vor allem von Enneccerus[1]) geltend gemacht worden: Durch den Vertrag im Sinne von § 607 Abs. 2 werde keine wirkliche Darlehnsschuld begründet, die Absicht der Parteien ginge vielmehr regelmäßig dahin, das alte Schuldverhältnis nicht aufzuheben, sondern nur nach Darlehnsgrundsätzen zu behandeln. Dies sei um so eher anzunehmen, als im Interesse des Gläubigers läge, der etwaigen Bürgen oder Pfänder nicht verlustig zu gehen. Daß eine dahingehende Parteivereinbarung denkbar ist, ist einzuräumen. Unrichtig aber erscheint es, eine solche Vereinbarung als Regelfall des § 607 Abs. 2 zu unterstellen. Dies ergibt sich aus der Fassung, aus der Entstehungsgeschichte des § 607 Abs. 2 und aus gesetzestechnischen Gründen.

1. Der Wortlaut des § 607 Abs. 2 spricht unmißverständlich von der Umwandlung in eine Darlehnsschuld. Das Gesetz setzt also voraus, daß im Zweifel eine wirkliche Darlehnsschuld neu begründet wird. Nicht die Umänderungs-, sondern die Umwandlungsabrede behandelt § 607 Abs. 2.

2. Die legislatorische Absicht bei Aufnahme des § 607 Abs. 2 bestand darin, den Gläubiger, der auf Grund des Umwandlungsvertrages die Darlehnsklage geltend mache, gegen die Einwendung des Schuldners, es läge ein wirkliches Darlehn überhaupt nicht vor, zu schützen. Dies ergibt sich unzweideutig aus den Motiven (S. 312).

3. Nach § 305 BGB. ist die Inhaltsänderung eines Schuldverhältnisses durch Vertrag erreichbar. Daß in § 607 Abs. 2 ebenfalls lediglich die Inhaltsänderung des alten Schuldverhältnisses gemeint ist, ist somit nicht annehmbar. § 607 Abs. 2 wäre eine überflüssige Vorschrift.

Hiernach ist der Grundsatz aufzustellen: Durch den Umwandlungsvertrag im Sinne von § 607 Abs. 2 wird eine wirkliche neue Schuld begründet; dieser Grundsatz ist als Beweisregel zu verwerten.

Aber auch nach dieser Feststellung erheben sich Zweifel. Wirkt der Umwandlungsvertrag lediglich novatorisch, so daß das alte kausale Schuldverhältnis in ein neues abstraktes umgewandelt

[1]) Enneccerus S. 398; ebenso Staudinger zu § 607 II; Martin, Verwandlung bestehender Schulden 1903; Klein, Vertragliche Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses 1907.

wird, oder ist die neue Schuld kausal? Der Unterschied wird von Dernburg (§ 234 IV S. 244) verwischt, indem er sagt, es könne beabsichtigt sein, „an die Stelle der alten Schuld eine Darlehnsschuld zu setzen, also (!) eine Novation eintreten zu lassen". Auch Endemann (§ 143 S. 807) setzt das Schuldumwandlungsgeschäft in eine Reihe mit der Novation.

Die Umwandlung einer Schuld durch Vertrag darf nicht wie im römischen Recht der Novation gleichgestellt werden. Die römischrechtliche Vorstellung eines strengen iuris vinculum zwang zu der Auffassung, daß eine Obligation weder auf einen anderen Gläubiger noch auf einen Schuldner übertragen werden könnte, noch eine wesentliche Inhaltsänderung erfolgen dürfe, ohne die Identität der Obligation aufzuheben. Um nun wirtschaftlich dasselbe zu erreichen, was mit einer personellen oder sachlichen Veränderung der Obligation nicht erreichbar schien, begründeten die Römer eine neue abstrakte Obligation, und zwar derart, daß mit Begründung des neuen Schuldverhältnisses die Auflösung des alten verbunden wurde. Es ist also im römischen Recht jede wesentliche Veränderung einer Obligation Novation, d. h. „Aufhebung der bestehenden Schuld durch Begründung einer neuen abstrakten Obligation, die an ihre Stelle tritt".[2])

Die Gründe, welche die Römer veranlaßten, bei jeder wesentlichen Schuldveränderung die Novation als Mittel zu verwenden, sind entfallen. Nach geltendem Recht ist ein Doppeltes möglich:

a) Änderung einer Schuld ohne Aufhebung ihrer Identität (Abtretung §§ 398 ff., Schuldübernahme §§ 314 ff., Inhaltsänderung § 305 BGB.);

b) Umwandlung einer bestehenden Schuld in eine neue, die an ihre Stelle tritt.[3])

Diese Umwandlung wieder kann dreierlei bedeuten:

1. Umwandlung des gesamten Schuldverhältnisses;
2. Umwandlung einer bestehenden Schuld durch Begründung einer neuen kausalen Schuld (Schuldumwandlungsvertrag im eigentlichen Sinne);[4])

---

[2]) Enneccerus S. 207.

[3]) vgl. bei Enneccerus S. 209.

[4]) Auch unechte Novation in der Literatur genannt.

3. Umwandlung einer bestehenden Schuld durch Begründung einer neuen abstrakten (Novation).

Nur den letzten Fall wird man also heute als Novation bezeichnen dürfen. Der Begriff der Schuldumwandlung ist ihr Oberbegriff.

Wenden wir diese Einteilung auf § 607 Abs. 2 BGB. an, so lautet die präzisierte Frage: „Fällt § 607 Abs. 2 unter die Gruppe der (kausalen) Schuldumwandlungsverträge oder unter die der (abstrakten) Novationsverträge?[5])

Für die letzte Auffassung treten ein: Crome, Rümelin, Schöninger, früher vor allem Bähr mit der Behauptung, in ein wirkliches Darlehn könne eine bestehende Schuld ebensowenig verwandelt werden wie in irgendeine andere Schuld. Hiermit drückt Bähr die richtige und logisch selbstverständliche Tatsache aus, daß ein Vertrag als zeitlich abgeschlossene Einigung nicht nachträglich in einen anderen Vertrag naturaliter umgewandelt werden kann. Einer solchen Änderung unterliegen nur die aus dem Vertrage entspringenden Rechte und Pflichten. Daraus folgt aber nicht, daß der Umwandlungsvertrag die Darlehnskausa entbehren und abstrakt sein müsse. Der Bährsche Einwand wäre nur dann stichhaltig, wenn der alte Vertrag trotz der „Umwandlung" Fortbestand haben soll. Man spricht jedoch von der Umwandlung einer Schuld nur in dem Sinn, daß diese als solche aufgelöst und an ihrer Stelle eine neue begründet wird. Letztere kann freilich abstrakt sein.[6]) Dies ist nur dann der Fall, wenn die Parteien die Existenz der neuen von der alten Schuld unabhängig lassen wollen und somit einen abstrakten Schuldanerkennungsvertrag schließen. Dieser abstrakte Novationsvertrag fällt jedoch nicht unter § 607 Abs. 2, sondern unter §§ 780, 781 und unterliegt dem Formenzwang des § 781.

---

[5]) Fall 1 scheidet aus, da kein vollständiger materiell charakterisierter Vertrag in einen Darlehnsvertrag verwandelt werden soll, sondern nur die Forderung des Gläubigers in die Rückforderung des Darlehnsgläubigers.

[6]) Zutreffend v. Schey S. 86: Die Absicht der Parteien könne dahin gehen, eine abstrakte Obligation durch Umwandlung zu begründen. Dann aber handele es sich um „echte Novation", nicht um Darlehn.

Die Annahme von Crome, Rümelin, Schöninger u. a., der abstrakte Novationsvertrag bilde den Regelfall des § 607 Abs. 2, verbietet sich aus denselben Gründen wie die obengenannte Auffassung von Enneccerus. Um die Anerkennung (abstrakter) Novationsverträge festzustellen, bedurfte es nicht der Vorschrift des § 607 Abs. 2. Gerade die Entstehung einer materiell charakterisierten Schuld durch Schuldumwandlungsvertrag wird im § 607 Abs. 2 geregelt. Dies war die gesetzgeberische Absicht, und dies kommt in der Fassung des § 607 Abs. 2 zum Ausdruck.

Nach alledem läßt sich der Standpunkt des Gesetzes dahin feststellen: Der Vertrag im Sinne des § 607 Abs. 2 ist ein Schuldumwandlungsvertrag, kraft dessen das alte Schuldverhältnis aufgelöst und ein neues kausales, materielles Darlehnsschuldverhältnis begründet wird. Es steht den Parteien frei,

1. statt der Auflösung der alten Schuld diese nur zu modifizieren mit der Maßgabe, daß sie nach Darlehnsgrundsätzen zu behandeln ist (§ 305 BGB.);
2. ein abstraktes Schuldverhältnis unter Aufhebung des alten zu begründen (§§ 780, 781 BGB.). — Durch § 607 Abs. 2 werden jedoch diese Fälle nicht gedeckt.[7])

Es bleibt nunmehr übrig, die rechtliche Konstruktion des Schuldumwandlungsvertrages im Sinne des § 607 Abs. 2 zu untersuchen. Vom Standpunkte der Realvertragstheorie ergibt sich ferner die Frage, in welchem Moment die „res" als begriffliches Tatbestandsmerkmal zu finden ist.

1. Eine Reihe von Schriftstellern sucht die Entstehung des realen Darlehns mit der Fiktion zu erklären, es werde die alte Schuld durch Zahlung der schuldigen Leistung getilgt, das Gezahlte aber vom Gläubiger als Darlehn an den Schuldner zurückgezahlt.[8])

Diese Theorie der „duplex numeratio" hat ihren historischen Ursprung im römischen Recht. Es lassen sich für sie mehrere

---

[7]) Im Ergebnis übereinstimmend Oertmann zu § 607 Abs. 2; v. Schey S. 86; Komm. d. RGRäte zu § 607.

[8]) vgl. van Harten a. a. O.; Schollmeyer S. 63; Kuhlenbeck S. 215; Windscheid Bd. 2 S. 475 Anm. 2.

Quellen als Belege anführen (vgl. insbesondere die l. 9 § 9 de rebus creditis 12, 1):

> Deposui apud te derem, postea permisi tibi uti, Nerva, Proculus etiam ante quam moverentur, condicere quasi mutua tibi haec posse, aiunt; et est verum ut et Marcello videtur, animo enim coepit possidere, ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici.

Diese Stelle bezieht sich freilich nur für den Fall, daß ein depositum zugrunde liegt. Zur Zeit der klassischen Juristen war die Möglichkeit einer generellen Umwandlung von Schulden in Darlehne noch nicht anerkannt. Sicherlich aber wurde später allgemein die Verwandlung jedweder Kontraktsschuld zugelassen. Schon Ulpian schreibt in der l. 15 de rebus creditis 12, 1, daß eine Vereinbarung des Inhalts, es solle eine Geldforderung aus einem Auftragsverhältnis als Darlehnsforderung stehen bleiben, so anzusehen sei, als habe der Schuldner die Auftragsschuld durch Geldhingabe beglichen und dann das Geld zurückerhalten, ... ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta.[9])

Diese auf fingierter Solution und Numeration beruhende Konstruktion ging in das justinianäische Recht über und behielt auch im gemeinen Recht Geltung. Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß die römische Theorie der fingierten duplex numeratio ihr Motiv nicht in dem Versuch findet, den Schuldumwandlungsvertrag rechtlich logisch zu stützen, sondern vielmehr dazu diente, die umgewandelte und als nuda pactione außerhalb der vier Konsensualkontrakte stehende an sich nicht klagbare Schuld klagbar zu machen. Es handelte sich mithin um eine historische, nicht dogmatische Fiktion. Mit dem gemeinen Recht und vollends mit dem Bürgerlichen Gesetzbuche hat aber der Unterschied von klagbaren und klaglosen Verträgen aufgehört und damit die Fiktion der duplex numeratio ihren historischen Charakter verloren.

---

[9]) vgl. auch l. 3 § 3 d. s. c. Macedoniano 14, 6.

Zur Annahme einer dogmatischen Fiktion aber gibt § 607 Abs. 2 keinen Anlaß.[10]) Der Schuldumwandlungsvertrag ist ebenso ein Institut des bürgerlichen Rechts wie der in § 305 BGB. geregelte Abänderungsvertrag oder der in § 364 Abs. 2 BGB. stillschweigend anerkannte Novationsvertrag und würde dies auch ohne ausdrückliche Erwähnung in § 607 Abs. 2 nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit sein.[11]) Die Anwendung der Fiktion hat denn auch weniger den Zweck, den Umwandlungsvertrag im Sinne des Gesetzes rechtlich zu erklären, als vielmehr ihn mit der Realkontraktstheorie in Einklang zu bringen.

2. Es dürfte allerdings schwer halten, unter Ausschaltung jeder Fiktion vom Standpunkte der Realvertragstheorie eine Erklärung des in § 607 Abs. 2 charakterisierten rechtlichen Vorgangs zu geben; in welchem Moment soll die „res" als Qualitätserfordernis des Darlehns gefunden werden? Von einer wirklichen Übergabe, einer datio rei, kann jedenfalls keine Rede sein. Nun wird man freilich nach geltendem Recht dort, wo das Gesetz neben der Willenserklärung die „res" erfordert, nicht gerade eine Traditionshandlung zur Erfüllung des gesetzlich vorgezeichneten Tatbestandes für nötig erachten. Wir wiesen bereits nach, daß es beim Realgeschäft nicht auf die Übergabe in irgendeiner Form, sondern auf die „res" als Vertragsbestandteil ankomme. Die Übergabe wird zwar regelmäßig das juristische Mittel sein, um die „res" oder den „corpus" herzustellen, sie ist es aber nicht mit Notwendigkeit.

---

[10]) Gegen die Anwendung dogmatischer Fiktionen überhaupt spricht die einfache Erwägung, daß eine Fiktion nicht Anspruch darauf erheben kann, die Lösung eines rechtlichen Problems zu geben. Ein und derselbe Tatbestand kann durch mehrere Fiktionen „erklärt" werden. Dafür bietet gerade der Tatbestand des § 607 Abs. 2 BGB. ein vorzügliches Beispiel. So hat man den Vorgang des § 607 Abs. 2 nicht nur mit der Fiktion der duplex numeratio, sondern auch mit der der Valutaregulierung durch Kompensation zu erklären versucht (Kohler Bd. 2 S. 339; Lübbert S. 377); endlich sagt Kohler Bd. 2 S. 182: „Eine Umwandlung in der Art, daß an Stelle des alten Schuldverhältnisses ein Darlehnsgeschäft tritt, erfolgt dadurch, daß der Schuldner kraft Anweisung des Gläubigers an sich selbst leistet und das Geleistete als Darlehn behält" (§ 607 Abs. 2).

[11]) vgl. Enneccerus S. 398; Oertmann zu § 607 Abs. 2.

Erforderlich ist dem Realgeschäft lediglich, daß alle Rechtswirkungen an die „res“ als ein rechtlich erhebliches Tatbestandsmerkmal geknüpft werden. Dann aber wird man zu der Folgerung kommen: nicht die Tradition, nicht die Herbeiführung einer dinglichen Beziehung, sondern diese Beziehung selbst, das Besitzverhältnis, ist dem Realgeschäft wesentlich. Diese Auffassung findet auch im Gesetz ihre Stütze. Gemäß § 929 BGB. gehört die Eigentumsübertragung zu den Realgeschäften. Neben der Willenseinigung ist grundsätzlich die Übergabe, also die Herstellung eines corpus erforderlich. Wie sich aber aus § 929 Abs. 2 ergibt, genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums, wenn der Erwerber im Besitze der Sache ist. Es erscheint dem Gesetzgeber mithin nicht die Übergabe der Handlung, sondern das Besitzverhältnis als Zustand Voraussetzung für den Eigentumserwerb. In der Literatur ist die hier entwickelte Ansicht insbesondere von Manigk (S. 192 ff.) vertreten worden. Manigk stellt ganz generell das Prinzip auf: „Überall wo in einem Rechtsgeschäftstatbestande neben der Willenserklärung ein corpus gefordert wird, braucht dieses nicht in einer zwischen den Parteien vorzunehmenden Handlung zu bestehen; es kommt vielmehr nur auf den Effekt, nämlich die Herstellung eines Besitzverhältnisses an, und es ist gleichgültig, wodurch letzteres bewirkt wird“.[12])

Diesen Grundsatz will Manigk auch auf die obligatorischen Realgeschäfte, die Realverträge, angewandt wissen. Unterstellt man die Realnatur gewisser Verträge, so wird gegen die Ausdehnung des erwähnten Grundsatzes nichts einzuwenden sein. Manigk glaubt nun mit dem aufgestellten Grundsatz den Vorgang des § 607 Abs. 2 erklären zu können. Auch hier genüge die bloße Einigung, daß die bereits im Besitze des Schuldners befindlichen Fungibilien als Darlehn geschuldet werden sollen; wie die Fungibilien in den Besitz des Schuldners gekommen sind, sei gleichgültig. Manigk übersieht jedoch, daß nur ein geringer Teil der nach § 607 Abs. 2 in Betracht kommende Fällen von Schuldumwandlungsverträgen durch das genannte Prinzip gedeckt werden. Hat der Schuldner Geld oder andere vertretbare Sachen

---

[12]) Manigk S. 195.

als Verwahrer oder Beauftragter erhalten und wird nunmehr seine auf Grund des Verwahrungs- oder Auftragsverhältnisses beruhende Schuld in eine Darlehnsschuld verwandelt, so wird man vielleicht von einem Besitzverhältnis des Schuldners zu den Fungibilien sprechen können. Handelt es sich jedoch z. B. um die Umwandlung einer Kaufpreisschuld, so kann nicht die Rede von einer Vereinbarung des Inhalts sein, daß bereits im Besitze des Schuldners befindliche Fungibilien geschuldet werden sollen. Eine wirkliche Besitz- oder Eigentumsübertragung anzunehmen, wäre hier reine Fiktion. Zu der Schuldsumme steht der Käufer in keiner dinglichen Beziehung. Das ihr entsprechende materielle Substrat aber, die Geldstücke selbst, braucht er zur Zeit des Umwandlungsvertrages nicht zu besitzen. Claußen erkennt richtig, daß der Schuldner die Fungibilien bereits im Besitze haben oder gehabt haben muß, wenn von einem Realgeschäft noch die Rede sein soll. § 607 Abs. 2 verlangt jedoch dies Besitzverhältnis nicht, setzt es auch nicht voraus. Schuldet der vermögenslose A dem B auf Grund unerlaubter Handlung eine Schadensersatzsumme von 1000 Mk., die er niemals besessen hat, so ist dennoch nach § 607 Abs. 2 die Umwandlung dieser Schuld in eine Darlehnsschuld zulässig. Die rechtliche Existenz des Schuldumwandlungsvertrags ist mithin von dem Bestehen eines Besitzverhältnisses unabhängig.[13])

3. Will man überhaupt die Realnatur des Rechtsgeschäfts im Sinne von § 607 Abs. 2 aufrechterhalten, so bleibt m. E. lediglich übrig, in der Tatsache der Schuldbefreiung das reale Moment zu suchen.[14]) Gegen diese Konstruktion sprechen jedoch dieselben Bedenken, die gegen die Theorie der Wertüberführung erhoben wurden. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Überführung eines Wertquantums durch positive Forderungsbegründung der Überführung durch den negativen Akt der Schuldtilgung gleichgesetzt werden darf; rechtlich ist der Begriff der Wertüberführung nicht anwendbar; wie die Forderungsbegründung, so kann umsomehr die Forderungstilgung nicht als materielle Real-

---

[13]) vgl. Cohn S. 844; v. Schey S. 85.

[14]) So Oertmann zu § 607; v. Schey S. 85/86.

leistung im Sinne des Gesetzes aufgefaßt werden. Wir verweisen im übrigen auf die Ausführungen S. 21—24.

Damit gelangen wir zu dem Ergebnis: Die Realvertragstheorie vermag § 607 Abs. 2 nicht zu erklären.[15])

Vom Standpunkte der Konsensualtheorie dagegen bieten sich keine besonderen Schwierigkeiten. Wie allgemein, so auch im Falle des § 607 Abs. 2 genügt die Parteivereinbarung zur Begründung einer Darlehnsschuld. Es bleibt nur noch die Frage nach der causa des Umwandlungsvertrages. Hervorzuheben ist zunächst, daß causa nur in dem Sinne von Verpflichtungsgrund, nicht auch in dem von Bestimmungsgrund verstanden werden darf. Eigentümlicherweise identifiziert Windscheid (S. 474) beide Begriffe.[16]) Er fragt: welches ist der Bestimmungsgrund (die causa) des novierenden Vertrages? und gibt die Antwort: die Auflösung der alten Schuld bildet den Bestimmungsgrund für die neue Schuld. Hiermit wird richtig das Motiv der Schuldumwandlung gekennzeichnet, aber auch nur das Motiv. Will man das Problem des § 607 Abs. 2 lösen, so darf man nicht den liberatorischen und obligatorischen Akt trennen. Der Gesetzgeber selbst weist mit dem Terminus Umwandlung auf ein einheitliches Geschäft hin. Der Umwandlungsvertrag löst sich begrifflich in einen liberatorischen und obligatorischen Vertrag auf, tatsächlich und nach Absicht der Parteien aber gehören diese zusammen. Der Verpflichtungsgrund, die causa, liegt in der Einheit des rechtsgeschäftlichen Vorgangs. „Die Erklärungen über Aufhebung

---

[15]) Der Komm. d. RGRäte Vorbem. zu § 607 erkennt das Darlehn im Sinne des § 607 Abs. 2 als Konsensualvertrag an.

[16]) Es ist daher nicht verwunderlich, wenn Windscheid die Möglichkeit der Umwandlung einer Obligation in eine andere, materiell charakterisierte, z. B. die Verwandlung einer Kaufschuld in eine Darlehnsschuld, verkennt. Für Windscheid gibt es folgerichtig nur zwei Möglichkeiten, die Vereinbarung im Sinne von § 607 Abs. 2 auszulegen: 1. Entweder liegt ein wirkliches Darlehn vor mit vorausgehender wirklicher Zahlung, wobei nur das Hin- und Herzahlen erspart wird (Anlehnung an die Fiktion der duplex numeratio), oder 2. der Schuldner bekennt sich zum Darlehnsschuldner lediglich in dem Sinne, um sich zum Schuldner überhaupt zu machen. Er verspricht, obgleich er ein Darlehn nicht empfangen hat, sich behandeln zu lassen, als habe er ein Darlehn empfangen. Dann käme eine Novation zustande, aber der Schuldner sei kein Darlehnsschuldner.

der alten und Begründung der neuen Schuld bilden den Inhalt eines einzigen, mithin kausalen Vertrages."[17])

Es ist sonach ersichtlich, daß die Konsensualtheorie wiederum den Vorzug vor der Realvertragstheorie verdient; die Realvertragstheorie vermag nicht alle rechtsgeschäftlichen Tatbestände, die unter § 607 Abs. 2 fallen, zu erklären ohne Zuhilfenahme einer Fiktion. Dennoch wird man auf Grund des § 607 Abs. 2 die Streitfrage nicht schon als im Sinne der Konsensualtheorie entschieden ansehen dürfen.[18]) Denn es darf nicht übersehen werden, daß § 607 Abs. 2 nur exzeptionelle Fälle behandelt.

Ein im Sinne der Konsensualtheorie typisches Darlehnsschuldverhältnis durch Forderungsbegründung wird in § 607 Abs. 2 nicht geregelt. Der Versprechensempfänger erhält keine Darlehnsforderung gegen den Promittenten, sondern letzterer eine Forderung auf Zahlung als Darlehn. Schon aus diesem Grunde ist § 607 Abs. 2 kein geeigneter Tatbestand, die Streitfrage zu entscheiden.

Zum Schluß sei noch auf einige besonders interessante Fälle hingewiesen.

Erlangt das formlose Schenkungsversprechen kraft Umwandlung Gültigkeit, werden verjährte Schulden und solche aus Spiel, Wette und Ehevermittlung durch eine nach § 607 Abs. 2 vorgenommene Umwandlung klagbar?

1. Vom Standpunkte der Realvertragstheorie wird man keine einfache Antwort geben dürfen. Spiel- und Wettschulden sind an sich zahlbar, daher auch erlaßbar. Da nun in dem Erlaß, in der Befreiung von der alten Schuld nach der herrschenden Meinung das reale Moment liegt, welches der Umwandlungsvertrag erfordert, so müßte folgerichtig die neue Verbindlichkeit als gültig angesehen werden. Dasselbe gilt von der Theorie der duplex numeratio, da diese in der fingierten Zahlung einen Tilgungsakt der alten Obligation erblickt. Wenn van Harten (S. 44) unter Berufung auf § 762 Abs. 2 BGB. anführt, das Gesetz habe die Tilgung der Spielschuld durch Leistung nur in

[17]) s. Enneccerus S. 212 in bezug auf den kausalen Schuldumwandlungsvertrag.

[18]) Unrichtig Schwemmler, Spaethe, Krahmer a. a. O.

den Fällen zugelassen, wo die Leistung nicht in der Übernahme einer neuen Verbindlichkeit besteht, so übersieht van Harten, daß nach der Realvertragstheorie die Tilgungsleistung doch gerade in der fingierten Zahlung, bezw. im Erlaß, nicht in der Übernahme der neuen Verbindlichkeit besteht. § 762 Abs. 2 BGB. und entsprechend § 656 BGB. lassen sich daher nach der Realvertragstheorie nicht unmittelbar anwenden, sondern höchstens analog, etwa mit der Begründung, der gesetzgeberische Zweck dieser Bestimmungen dürfe nicht vereitelt werden.[19])

Dagegen wird die Umwandlung verjährter Forderungen und formloser Schenkungsversprechen in Darlehnsforderungen nach der Realvertragstheorie grundsätzlich zuzulassen sein. Denn der Formmangel des Schenkungsversprechens wird durch die Realleistung geheilt (§ 518 Abs. 2 BGB.).[20]) Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete andererseits kann gemäß § 222 BGB. nicht zurückgefordert werden.

2. Nach der Vereinbarungstheorie ist die Tilgung der alten Obligation nicht Leistung. Das formlose und als solches ungültige Schenkungsversprechen vermag daher durch eine nach § 607 Abs. 2 vorgenommene Umwandlung nicht zu konvaleszieren. Der Umwandlung von Spiel- und Wettforderungen aber und des Ehemaklerlohns stehen § 762 Abs. 2 und § 656 BGB. entgegen.

Zweifelhaft bleibt die Entscheidung nur hinsichtlich verjährter Ansprüche. Denn verjährten Ansprüchen gegenüber entfällt die Verjährungseinrede nicht nur auf Grund bewirkter Leistung, sondern auch infolge von Sicherheitsleistung und insbesondere auf Grund eines vertragsmäßigen Anerkenntnisses. Er fragt sich, ob in dem Schuldumwandlungsvertrag ein vertragsmäßiges Anerkenntnis im Sinne des § 222 BGB. gefunden werden kann.

Was unter dem „vertragsmäßigen Anerkenntnis" zu verstehen ist, ist streitig. Übereinstimmung herrscht so weit, als jedenfalls etwas durchaus Verschiedenes von dem in § 208 BGB. erwähnten

---

[19]) So insbes. Rümelin im ArchZivPrax. Bd. 97 S. 356/57; Oertmann zu § 607 Bd. 2.

[20]) Freilich wäre darauf zu achten, ob nicht eine Umgehung der Formvorschrift beabsichtigt ist, so daß § 117 BGB. Platz greift.

die Verjährung unterbrechenden „Anerkennen" durch Abschlagszahlung, Zinszahlung und Sicherheitsleistung gemeint ist. Zweifelhaft ist lediglich, ob unter dem vertragsmäßigen Anerkenntnis das formgebundene Schuldanerkenntnis des § 781 BGB. oder jedwede formfreie Einigung zu verstehen ist. Aus dem Wortlaut des § 222 BGB. ergibt sich das Erfordernis der Schriftlichkeit für das vertragsmäßige Anerkenntnis nicht, doch wird man nach dem Sinne des Gesetzes die Schriftform als Gültigkeitserfordernis betrachten müssen.[21]) Denn wenn das Gesetz neben der Leistung anderen Rechtsgeschäften dieselbe Wirkung wie der Leistung beilegt, so kann das Gesetz nur solche Rechtsgeschäfte im Auge haben, die der Leistung annähernd gleich zu beachten sind. Dies aber trifft außer bei der Sicherheitsleistung bei dem formalen Schuldanerkenntnis des § 781 BGB. zu. Die eigentümliche Wirkung dieses Anerkenntnisvertrages beruht auf seiner abstrakten, eine Forderung selbständig erzeugenden Natur. Nur dies Anerkenntnis „gilt" darum als Leistung nach § 222, wie die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses nach § 812 Abs. 2 BGB.

Diese Auffassung steht im Einklang mit der gesetzgeberischen Absicht. Nach der Entstehungsgeschichte des § 222 BGB. ist unzweifelhaft, daß der Gesetzgeber nur das abstrakte Schuldanerkenntnis im Auge hatte.[22]) Welcher Standpunkt hiernach für die Umwandlung verjährter Schulden in Darlehnsschulden einzunehmen ist, liegt auf der Hand. Ist das vertragsmäßige Anerkenntnis formbedürftig, so ist auch die Umwandlung nach § 607 nichtig, falls sie der Schriftlichkeit ermangelt. Denn andernfalls würde stets eine Umgehung der Formvorschriften §§ 222, 781 BGB. möglich sein.[23])

---

[21]) So die herrschende Meinung: vgl. Planck zu § 222; Crome Bd. 1 S. 521 Anm. 10; Oertmann zu § 222, 4c; Endemann S. 563; insbes. RGE. Bd. 78 S. 163 ff.; and. M. Komm. d. RGRäte zu § 222; Staudinger zu § 222 u. a.

[22]) vgl. Prot. Bd. 1 S. 235.

[23]) vgl. RGE. Bd. 78 S. 163 ff.

§ 5.

Das Darlehnsversprechen, § 610 BGB. und die Lehre vom Vorvertrag.

„Wer die Hingabe eines Darlehns verspricht, kann im Zweifel das Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird."

Wenn BGB. § 610 vom Versprechen der Darlehnshingabe handelt, das nur unter bestimmten Voraussetzungen widerrufen werden kann, so setzt es offenbar voraus, daß bereits vor der Darlehnshingabe eine Verpflichtung des Darlehnsversprechenden besteht. Dies Versprechen wird von der herrschenden Lehre mit dem Begriff des Vorvertrags identifiziert. Es fragt sich, ob diese Identifizierung dem Sinne des Gesetzes entspricht.[1]) Die Beantwortung dieser Frage setzt eine Auseinandersetzung mit der Vorvertragslehre voraus, in die wir im folgenden eintreten.

I. Begriff des Vorvertrags.

Der Terminus Vorvertrag ist noch verhältnismäßig jung: als Übersetzung des „pactum de contrahendo" ist er von Thöl geprägt worden und hat sich seitdem in der Rechtswissenschaft eingebürgert, obwohl die begriffliche Eigenart des pactum de contrahendo durch die Bezeichnung Vorvertrag nicht recht wiedergegeben wird. Denn der Begriff Vorvertrag drückt nur die äußere zeitliche, nicht die innere logische Beziehung zum Hauptvertrage aus.

Thöl definiert den Vorvertrag als einen Vertrag dahin geschlossen, daß ein Vertrag geschlossen werden solle, also als einen

---

[1]) Dem Wortlaute entspricht sie sicherlich nicht. § 610 redet nicht vom Versprechen eines Darlehnsvertrages, sondern von dem der Hingabe, also der Auszahlung einer Geldsumme. Aus dieser Gesetzesfassung die Konsensualnatur des Darlehns herzuleiten, ist freilich bedenklich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Gesetzesterminologie vielfach ungenau und dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens angepaßt ist. Zutreffend bemerkt Eulau S. 28, daß nach der Sprechweise des täglichen Lebens ein Darlehn nicht geschlossen wird, sondern man „gibt und nimmt" ein Darlehn; eine bloße Textinterpretation erscheint nicht ausschlaggebend.

gegenwärtigen Vertrag, welcher einen künftigen verspricht.[2]) Diese Definition muß richtiger Ansicht nach so verstanden werden, daß der Vorvertrag über die dem Verpflichteten obliegende Funktion in dem künftigen Vertrage nicht entscheidet, d. h. die Funktion kann „im Offert, im Akzept, in beiden alternativ oder endlich wie bei der Eheschließung in einer weder als Akzept, noch als Offert zu bezeichnenden Mitwirkung bestehen".[3]) Vorvertrag ist also ein Vertrag, der die Verpflichtung zum Abschluß eines weiteren Vertrages begründet. Diese Verpflichtung ist gerichtet auf das dem betreffenden Vertrage entsprechende Mitwirken zum Vertragsschluß.

Von diesem Standpunkte aus ist die Auffassung von Adler (JheringsJ. Bd. 31 S. 242 ff.), wonach der Vorvertrag durch den Willen des Berechtigten — si volet creditor — bedingt sei, abzulehnen. Die Mitwirkung beim Hauptvertrage stellt sich als Erfüllungshandlung dar, nicht als Bedingung des Vorvertrags. Auch würde die Annahme eines bedingten Vorvertrages zu einem unbefriedigenden Dualismus des Vorvertragsbegriffs führen, indem nur der einseitig bindende Vorvertrag, nicht der doppelseitig bindende als bedingter Vorvertrag aufgefaßt werden könnte.[4])

Aber noch einer weiteren Präzisierung bedarf der Begriff Vorvertrag im technischen Sinne. An sich ist jeder Vertrag, dessen Gegenstand die Mitwirkung zu einem andern ist, Vorvertrag im weiteren Sinne, also auch der obligatorische auf den dinglichen Vertrag gerichtete. Begriffsmerkmal des Vorvertrags im technischen Sinne aber ist lediglich die Pflicht zur Mitwirkung zu einem obligatorischen Vertrag. Was bedeutet nun aber Verpflichtung zur Mitwirkung zum künftigen obligatorischen Vertrag, welches ist der Inhalt der Vorvertragsverpflichtung?

II. Der Inhalt des Vorvertragsanspruchs.

In der Zeit vor Geltung des bürgerlichen Rechts (Bürgerlichen Gesetzbuchs) wurde vielfach das Wesen des Vorvertrags darin erblickt, daß die Parteien oder eine von ihnen in ihrem Willen für

---

[2]) Thöl, HR. 6. Aufl. § 246 I S. 778.

[3]) Degenkolb im ArchZivPrax. Bd. 71 S. 17.

[4]) Diese Unterscheidung macht Adler folgerichtig, vgl. Adler in JheringsJ. Bd. 31 S. 258.

die Zukunft gebunden werden sollten. Es wurde das Schwergewicht nicht auf die Leistung als solche, sondern auf die Gebundenheit des Willens gelegt. Am schärfsten kommt diese Meinung zum Ausdruck in dem Satze, „einen Vertrag einzugehen über einen zu schließenden Vertrag heißt soviel, als sich verpflichten, daß man sich verpflichten wolle, oder seinen Willen dahin binden, daß der Wille gebunden werde".[5]) Sie beruht auf der Eliminierung einerseits der Willenserklärung aus der obligatio contrahendi und andererseits auf der Eliminierung des abstrakten geistigen Vorgangs, des bloßen Wollens aus der Willenserklärung.[6]) Mag die erste Operation eine gewisse Berechtigung haben, — die Willenserklärung ist ein notwendiges Element eines jeden Vertrages, ohne sie keine Übereinstimmung. Die Willenserklärung aber fällt unter den Begriff der Handlung. Sie ist imstande, unmittelbare Rechtswirkungen hervorzurufen, „sie ist nicht bloß Zeichen eines Willens, sondern sich vollendende materielle Verfügungstat".[7]) Neuerdings hat L. Pfaff wiederum den Gegensatz der obligatio contrahendi einerseits und der obligatio dandi, faciendi, praestandi andererseits hervorgehoben.[8]) Nun aber kann der Rechtsbegriff Vertrag nicht versprochen werden. Was versprochen wird, ist die Mitwirkung zum Hauptvertragsschluß. Diese äußert sich in einer Willenserklärung, also einer Handlung. Jede obligatio contrahendi involviert mithin eine obligatio faciendi.

Aus dieser Bestimmung ergibt sich gleichzeitig die negative Feststellung, daß eine obligatio dandi aus dem Darlehnsvorvertrage nicht entspringt. Die Realleistung erfolgt nicht solvendi, sondern obligandi causa. Dies ist auch der Standpunkt der herrschenden Meinung.[9]) Freilich wird von diesem Grundsatze allerorten ab-

---

[5]) Storch S. 60.

[6]) vgl. Degenkolb S. 71.

[7]) Degenkolb S. 72.

[8]) Pfaff, Die Klausel rebus sic stantibus S. 342. Der Hauptvertrag gehe auf ein dare, facere, praestare, der Vorvertrag auf ein contrahere.

[9]) And. M. anscheinend Adler S. 203; Adler konstruiert einen gewillkürten Realvertrag des Inhalts: Parteien vereinbaren einen Kaufvertrag, der erst mit Übergabe der Ware als abgeschlossen gelten soll. Verkäufer ist dennoch zur Übergabe der Ware verpflichtet. M. E. handelt es sich hier, gleichgültig ob die Parteien die Vereinbarung als Realkontrakt bezeichnen, nicht um einen solchen, sondern um

gewichen, insbesondere bei der Frage der Übertragbarkeit und Aufrechenbarkeit des Vorvertragsanspruchs und bei seiner Durchsetzung im Prozeß. Es gilt daher, den Grundsatz der Realvertragstheorie: vor der Realleistung kein Anspruch auf die Realleistung — klarzustellen.

Die Realleistung ist entweder rein dinglicher Erfüllungsakt — dann ist der der Realleistung vorangehende Konsensualvertrag Hauptvertrag oder sie ist Bestandteil des obligatorischen Realvertrags — im letzteren Falle ist der Konsensualvertrag unselbständig, d. h. der Konsensualvertrag bildet nur ein Element des Realvertrages. Geht dieser Konsensualvertrag der Hingabe voraus, so entsteht das Realgeschäft sukzessiv und wird erst durch die Hingabe vollendet.[10])

Von diesem Konsensualvertrag zu unterscheiden ist die Vorvertragsvereinbarung; denn die Annahme zweier obligatorischer Verträge (Vor- und Hauptvertrag) schließt es in sich, daß sowohl der Vor- wie der Hauptvertrag seine eigene „conventio" hat. Ist daher das Darlehnsversprechen identisch mit einem Vorvertrage, so ist zum Zustandekommen des Realhauptvertrags die Erwirkung beider Elemente (consensus und res) erforderlich. Soll dagegen der in jedem Realvertrag enthaltene Konsensualvertrag identisch sein mit dem vorhergehenden Konsensualvertrag, so ist für die Annahme eines Vorvertrags kein Raum. Vielmehr ist dann dieser Konsensualvertrag nur Bestandteil des realen Hauptvertrags. Ein solcher Konsensualvertrag entspricht aber nicht dem Darlehnsversprechen im Sinne von § 610 BGB. Denn ein Konsensualvertrag, welcher als solcher keine Bedeutung hat, sondern nur als Element eines anderen Vertrages erscheint, kann nicht verbindlich sein und selbständig Rechtswirkungen hervorrufen. Der Konsensualvertrag kann begrifflich nicht Bestandteil des Realvertrags sein und zugleich zur Hingabe der „res" mit der Maßgabe verpflichten, daß der Realkontrakt mit der Hingabe zustande kommen soll. Ein unmittelbar zur Hingabe verpflichtender Konsensualvertrag ist

---

einen Konsensualvertrag mit der Maßgabe, daß die nach dem Gesetze grundsätzlich an den Konsens geknüpften rechtlichen Wirkungen erst nach Vorleistung des Verkäufers eintreten sollen.

[10]) vgl. Enneccerus § 362 Anm. 2.

vielmehr nur selbständiger Hauptvertrag. Das Darlehnsversprechen muß daher von der Realvertragstheorie als Vorvertrag angesehen werden, wenn anders der Darlehnsvertrag ein Realvertrag sein soll. Es ist daher folgerichtig, wenn Schloßmann (JheringsJ. S. 69) die Frage der Zulässigkeit eines Vorvertrags zum Realkontrakt mit der Frage identifiziert, „ob aus dem bei jedem der als Realkontrakt bezeichneten Tatbestände auftretenden Konsensus auf Herstellung des ihm entsprechenden realen Zustandes geklagt werden kann".[11]) Wir gelangen somit zu dem Ausgangspunkte zurück: die Annahme eines Vorvertrags zum Realvertrag schließt die Annahme eines unmittelbar auf die Realleistung gerichteten Anspruchs aus.

Eine andere Frage ist die, ob nicht bereits vor der Hingabe eine Verpflichtung des Darleihers zur Bereithaltung der Realleistung gegeben ist. Es ist dies von Bedeutung für den Geldsucher, dem weniger am „contrahere" als solchem, als vielmehr an der Leistung durch „contrahere" gelegen ist.

Stintzing (S. 24 ff.) bejaht die Verpflichtung zur Leistungsbereitschaft, indem er diese auf die dem Vorvertrage zugrunde liegende causa stützt. Er hält dies für erforderlich, weil sich auf Grund eines abstrakten Vorvertrags die Leistungsbereitschaftspflicht nicht herleiten lasse. Wir werden sehen, daß diese Meinung nicht richtig ist, vielmehr zwischen einem Vorvertrag zu einem Konsensualvertrag und einem Vorvertrag zu einem Realvertrag zu unterscheiden ist.

Unter einem abstrakten Vertrag versteht man einen solchen, bei dem von seiner causa abstrahiert wird, bei dem also das dem Vertrage zugrunde liegende Verhältnis für die Gültigkeit des Vertrags unberücksichtigt bleibt. Nun ist freilich kein Geschäft in dem Sinne abstrakt, daß es wirtschaftlich keine causa hat, sondern nur in dem Sinne, daß diese causa rechtlich für den Bestand des

---

[11]) Schloßmann S. 83 ff. gelangt zu dem Ergebnis, daß die Erzwingbarkeit der „res" auf Grund eines Konsensualvertrags, welcher nicht Vorvertrag ist, möglich ist, und zwar im wesentlichen aus der praktischen Erwägung heraus, daß der Kläger nur an der Hingabe der „res" selbst Interesse hat, nicht aber an der Wiederholung des Konsenses. Dieser praktische Gesichtspunkt dürfte aber schwerlich allein zur Widerlegung des Vorvertrags zum Realvertrag genügen.

Geschäfts nicht in Betracht kommt. Der Vorvertrag ist abstrakt bedeutet demnach: er ist unabhängig von einem rechtlichen Grund, er erschöpft sich in seinem Rechtszweck.

1. Geht nun der Rechtszweck auf Abschluß eines Konsensualvertrags, so beschränken sich auch die Pflichten der Kontrahenten auf die Erreichung dieses Zwecks. Da nun der Hauptvertrag durch Willensübereinstimmung zustande kommt, so wären die Kontrahenten lediglich zur Abgabe der Willenserklärung verpflichtet.[12]) Ob die Leistung des Kaufgegenstandes z. B. infolge eines Verschuldens des Verkäufers unmöglich geworden ist, würde folgerichtig ohne Bedeutung sein. Der Vertrag wäre „über eine nunmehr unmögliche Leistung abgeschlossen, also nach § 306 BGB. nichtig; jetzt könnte nur noch das sogen. negative Vertragsinteresse des § 307 in Betracht kommen".[13])

2. Beim Realvertrag hingegen ist der Anspruch aus dem Vorvertrag nicht nur gerichtet auf Abschluß des Hauptvertrages durch Willenserklärung, sondern durch Hingabe und Willenserklärung. Vorvertragserfüllung und Hauptvertragsabschluß fallen zusammen. Kommt nun aber der Hauptvertrag erst durch Hingabe zustande, so besteht offenbar von vornherein die Verpflichtung zur Bereithaltung der Leistung. Denn ist der Abschluß des Hauptvertrages abhängig von der „res" als seinem Qualitätserfordernis, so kann der Vorvertrag nur erfüllt werden, wenn die Leistung bereitgehalten wird. Die Verpflichtung zur Leistungsbereitschaft ergibt sich mithin beim Vorvertrag zum Realvertrag aus dem Vorvertrage selbst. Es ist nicht erforderlich, diese Verpflichtung auf das dem Vorvertrage zugrunde liegende Verhältnis zu stützen. Sie besteht in jedem Falle, auch bei Annahme eines abstrakten Vorvertrags.

III. Die Durchsetzung des Vorvertragsanspruchs.

Die Verpflichtung zur Mitwirkung zum Hauptvertrag unterliegt als obligatio faciendi nach geltendem Recht der Zwangsvollstreckung. Dies ist freilich nicht unbestritten. Früher berief

---

[12]) vgl. L. Pfaff S. 342: „da er aber aus dem Vorvertrag zu nichts anderem verpflichtet ist als zur Abgabe jener Willenserklärung . . .".

[13]) Stintzing S. 25.

man sich auf fr. 43 de jud., fr. 112 § 1, fr. 135 § 3 V.O., insbesondere aber auf fr. 68 V.O. und ließ nicht das „facere", sondern „id quod interest", nicht den Erfüllungsvertrag, sondern das Interesse Gegenstand der Vorverpflichtung sein. Die obligatio contrahendi wurde nicht als eigentliche Leistungspflicht, sondern nur als eine Art Garantie aufgefaßt; man gewährte dementsprechend nicht Naturalexekution, sondern nur Ersatz des Interesses. Aber auch für das geltende Recht will Regelsberger[14]) die Anwendung der Naturalexekution ausschließen. Dem ist nicht beizustimmen. Das geltende Recht steht grundsätzlich auf dem Standpunkte der Naturalexekution im Gegensatz zum römischen Recht, das grundsätzlich alle materiellen Ansprüche im Prozeß in Geldansprüche umsetzte. Die heutigen prozessualischen Normen in ihrer Gesamtheit bilden weder ein eigenes haftungsrechtliches, noch ein dem römischen Aktionensystem entsprechendes selbständiges Klagesystem, sondern dienen lediglich der Durchsetzung der materiellen Ansprüche. Wo ein Anspruch, da auch ein Klagerecht, da auch der Vollzug. Dies Prinzip erleidet nur wenige Ausnahmen (vgl. z. B. §§ 762, 656 BGB., § 888 Abs. 2 ZPO.). Lediglich die Verurteilung zur Eingehung einer Ehe, zur Herstellung des ehelichen Lebens und zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag ist nach § 888 Abs. 2 ZPO. der Vollstreckung entzogen. Diese Vorschrift verträgt mit Rücksicht darauf, daß Ausnahmevorschriften streng auszulegen sind, keine analoge Ausdehnung.[15]) Arg. e contr. ist vielmehr der Grundsatz aufzustellen: Das „facere" ist nach geltendem Recht nicht bloß Obligations-, sondern auch Kondemnations- und Exekutionsobjekt. Das Darlehnsversprechen aus § 610 — der Vorvertragsanspruch im Sinne der Realvertragstheorie — ist sonach verbindlich, klagbar und vollstreckbar. Dies ist auch die herrschende Meinung. Dennoch bleibt zweifelhaft, ob der Realvertrag nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung herstellbar ist.

Nach geltendem Recht kann einerseits die obligatorische Verpflichtung zur Eigentumsübertragung durch richterlichen Akt ersetzt werden, indem das Eigentum mit Rechtskraft des Urteils oder Eintragung des rechtskräftigen Urteils in das Grundbuch

[14]) JheringsJ. Bd. 52 S. 24 ff.; ebenso Dernburg, Bürgerl. R. § 236 II.

[15]) And. M. Regelsberger in JheringsJ. Bd. 52 S. 422 f.

oder mit der Übergabe der Sache durch den Vollstreckungsbeamten übergeht. Andererseits kann auch jede Willenserklärung, zu deren Abgabe der Schuldner verpflichtet ist, durch den Richter erzwungen werden. Mit Rechtskraft des Urteils gilt die erforderliche Willenserklärung als abgegeben (§ 894 ZPO.). Die Zivilprozeßordnung kennt mithin sowohl den Vollzug eines rein dinglichen Aktes, als auch den Ersatz der Willenserklärung durch rechtskräftiges Urteil. Unbekannt aber ist der Zivilprozeßordnung die Vollstreckung eines gleichzeitig dinglichen wie obligatorischen Aktes. Hierauf kommt es gerade bei der Erzwingung des Realvertrages an. Dies hat in der Literatur nicht die erforderliche Beachtung gefunden.[16]) Man wird einwenden, der Realvertrag setze sich aus „res“ und „consensus“ zusammen. Die Erwirkung dieser beiden Elemente sei möglich, also auch der Realvertrag durch Urteil herstellbar. Demgegenüber ist hervorzuheben: Mag man begrifflich den Realvertrag in seine Bestandteile zerlegen; der Realvertrag als solcher ist ein einheitlicher Vertrag, demgemäß ist auch streng logisch der aus dem Vorvertrag entspringende Anspruch ein einheitlicher, unteilbarer. Weder hat der Versprechensempfänger auf die Realleistung, noch der Darleiher auf die Abgabe der Darlehnserklärung einen Anspruch. Der Vollzug des dinglichen Aktes vollzieht sich nach den Vorschriften §§ 803 ff. ZPO., der Ersatz der Willenserklärung durch Urteil nach § 894 ZPO. Die Gültigkeit der einen Vollstreckungshandlung involviert nicht die der anderen. Dem einheitlichen materiellen Anspruch entspricht nicht eine einheitliche Durchsetzung des Anspruchs.

Über diese formalistischen Bedenken wird man sich jedoch mit folgender Erwägung hinwegsetzen können. Es ist nicht erforderlich, daß die prozessualen Zwangsmittel der Eigenart des materiellen Anspruchs völlig gerecht werden. Auch die Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung entzieht sich streng logisch der Zwangsvollstreckung. Wesentlich ist lediglich, daß im Wege der Zwangsvollstreckung derjenige Rechtseffekt herbeigeführt wird, der dem materiellen Anspruche entspricht. Mit diesem Zugeständnis

---

[16]) Scherler bemerkt S. 49, daß die Erzwingung des Realkontrakts der Zivilprozeßordnung „eigentlich“ nicht möglich wäre.

wird auch der Anspruch aus dem Darlehnsvorvertrage als erzwingbar angesehen werden müssen.

Festzuhalten aber ist daran, daß beide Elemente des Realvertrags, „res“ und „consensus“, im Vollzuge hergestellt werden müssen. Es ist eigentümlich, daß eine Reihe von Schriftstellern[17]) es für ausreichend erachtet, wenn dem Schuldner die Darlehnsvaluta durch den Gerichtsvollzieher entzogen wird (§§ 803—819 ZPO.). Von einem Darlehnskontrakt kann nach der Realvertragstheorie in diesem Falle ernstlich nicht die Rede sein. Denn was dem dinglichen Akt der Übergabe erst seinen Charakter als Hingabe credendi causa verleiht, ist die Zweckberedung, die Willensübereinstimmung, kraft deren die Valuta als Darlehnsvaluta angesehen werden soll. Dieser Konsens muß als dem Realkontrakt eigenes Begriffsmerkmal ebenso im Vollstreckungswege hergestellt werden wie die „res“ selbst. Durch die entgegengesetzte Meinung würde der wesentliche Unterschied von Konsensual- und Realtheorie verwischt werden. Nach der Konsensualtheorie kann der Versprechensempfänger auf die Übergabe der Darlehnsvaluta klagen, weil bereits ein Darlehnsschuldverhältnis vorliegt. Nach der Realvertragstheorie soll das Darlehnsschuldverhältnis erst hergestellt werden. Die Willenserklärung, inhalts deren die nackte dingliche Übergabe ihre obligatorische Bekleidung erhält, ist mithin unentbehrlich. Eine Verurteilung zur Zahlung der Valuta in Höhe von ... Mk. credendi causa gemäß dem Klageantrag vermag den erforderlichen Konsensualvertrag nicht zu ersetzen. Für die Erzwingung einer Willenserklärung gibt es nur einen Weg. Diesen zeichnet § 894 ZPO. vor.

Handelte es sich um eine Vorverpflichtung zum Konsensualvertrag, so würde niemand zweifeln, daß dieser Vertrag erst hergestellt werden müßte, ehe der Beklagte verpflichtet wird, den hierdurch begründeten Rechtsverhältnissen Rechnung zu tragen.

---

[17]) vgl. Endemann Bd. 1 S. 18: Die Klage auf Grund des Vorvertrags sei auf Auszahlung der Darlehnssumme zu richten. Die Vollstreckung erfolge nach ZPO. §§ 803 ff., so daß dem Schuldner im Wege der Zwangsvollstreckung der entsprechende Betrag entzogen werde und die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung des Schuldners gelte (§ 819 ZPO.). Vgl. auch Windscheid § 370 Anm. 18; vgl. dagegen Oertmann zu § 399, 1 aγ.

So auch muß beim Realvertrag die Willenserklärung konstituiert werden, denn ohne sie kein Darlehnsverhältnis im Sinne der Realvertragstheorie.[18]) Die bekämpfte Meinung geht lediglich von der praktischen Erwägung aus, die prozessuale Durchführung des Erfüllungsvertrages zu erleichtern. Im Grunde steht sie auf dem Standpunkte: Ein Anspruch auf die Realleistung besteht nicht, im Prozesse aber soll es so angesehen werden, als bestehe dieser Anspruch. Der dingliche Akt der Übergabe soll ausreichen, den Darlehnskontrakt herzustellen. Daß dies theoretisch nicht haltbar ist, leuchtet ein. Die aus dem Vorvertrag entspringende obligatio faciendi kann im Prozeß nicht als obligatio dandi behandelt werden.

Lassen wir die oben gekennzeichneten formalen Bedenken beiseite, so ist die Verwirklichung des Darlehnsvertrags im Wege der Zwangsvollstreckung möglich, der Weg zum Ziele aber unpraktisch (§§ 819, 894 ZPO.). Obwohl materiell nur ein Anspruch zur Mitwirkung zum Hauptvertrage besteht und der Klageantrag dementsprechend nicht auf die Darlehnsleistung gerichtet ist, gelangt der Berechtigte zu ihr im Prozeß- und Vollstreckungswege. Die aus dem Vorvertrage entspringende obligatio faciendi kommt mittels staatlicher Rechtshilfe im Enderfolge einer obligatio dandi gleich. Der Grundsatz: vor der realen Hingabe keine Verpflichtung zu ihr, sondern zum Realkontrakt, wird durch die Annahme einer erzwingbaren Vorvertragserfüllung tatsächlich illusorisch gemacht.[19])

Hier erhebt sich die Frage: Ist diese eigentümliche Diskrepanz zwischen dem materiellen Anspruch und seiner prozessualen Durch-

---

[18]) Sicher unrichtig und das Wesen des Realvertrags verkennend Scherler S. 49/50: „Streng genommen könnte man nur (nach der zweiten Art und Weise) vollstrecken, indem man zuerst auf Abgabe der Darlehnserklärung klagte und dann mit einer zweiten Klage auf Erfüllung des nunmehr geschlossenen Kontraktes". Die Darlehnserklärung ist doch Element des Realvertrags, der „res" neben-, nicht übergeordnet. Kann aus dem Darlehnskonsens auf die „res" geklagt werden, so liegt ein Konsensual-, kein Realvertrag vor; vgl. S. 40/41.

[19]) Dies ist denn auch Vertretern der Realvertragstheorie nicht entgangen. Darum nehmen Stintzing und Schloßmann nur dort einen Realvertrag an, wo ein Versprechen der Hingabe nicht vorausgeht; damit aber wird der im ersten Abschnitt verworfene Realvertragsbegriff akzeptiert.

führung durch den Wortlaut oder den Sinn von § 610 BGB. bedingt? Beides ist zu verneinen.

1. § 610 BGB. redet nicht vom Versprechen eines Darlehnsvertrags, sondern von dem Versprechen der Hingabe eines Darlehns;

2. im übrigen aber regelt § 610 nicht den Tatbestand des Darlehnsversprechens als eines von § 607 besonderen Ausnahmefalles, sondern die sogen. clausula rebus sic stantibus, während das Gesetz das Darlehnsversprechen als solches voraussetzt.

3. Dafür, daß das Darlehnsversprechen im Sinne des § 610 mit dem Begriffe des Vorvertrags identisch sei, findet sich im Gesetz keine Stütze. Im Gegenteil. Der Gesetzgeber hat „mangels zureichenden Bedürfnisses“ [20]) von einer Regelung des Vorvertrags Abstand genommen. Es ist daher nicht annehmbar, daß das Gesetz in § 610 gerade den Vorvertrag und nur diesen im Auge hat.

4. Da sowohl nach der Konsensual- wie auch nach der Realvertragstheorie der Darleiher zur Bereithaltung der Leistung verpflichtet ist und zur Zahlung der Valuta im Prozeß angehalten werden kann, liegt die Frage nahe, welches Interesse die Parteien haben können, den Hauptvertrag hinauszuschieben. Hier wird geltend gemacht, daß man den bezweckten Endvertrag nicht sofort abschließe, könne seinen Grund darin haben, daß z. B. der Umfang der zu machenden Leistung unbestimmt, aber doch bestimmbar sei, oder: wer einen Vorvertrag schließt, „vermeidet den gegenwärtigen Abschluß des Hauptvertrages und damit die aus dem Hauptvertrage an sich hervorgehenden Rechtsfolgen“.[21]) Es könne dies unzweckmäßig sein, weil das Ziel auch anders erreichbar ist,[22]) aber warum solle das Recht den Vorvertrag deshalb negieren. Diese Einwendungen sind für den Darlehnsvorvertrag jedenfalls unzutreffend, denn hier handelt es sich nicht darum, ob ein Vorvertrag zum Darlehnsvertrag im Falle des § 610 möglich ist — diese Möglichkeit ist an sich auch nach der Konsensualtheorie

---

[20]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 178.

[21]) Degenkolb S. 31.

[22]) So z. B. mittels der Offerte; vgl. Schloßmann a. a. O.; Schwemmler S. 32.

gegeben[23]) —, sondern, ob das Darlehnsversprechen notwendig ein Vorvertrag ist, denn die Realvertragstheorie muß, wie wir sahen, das Versprechen der Darlehnshingabe im Sinne des § 610 als Vorvertrag auffassen. Das Gesetz würde den Parteien den Vorvertrag nicht offen lassen, sondern aufdrängen.

5. Dies aber ist schon aus dem Grunde nicht annehmbar, als die Parteien regelmäßig ein rechtliches Interesse am Vorvertrage nicht haben werden. Dies hervorzuheben ist von besonderer Wichtigkeit. Denn man wird sich über alle theoretischen Bedenken hinwegsetzen, wenn die Vorvertragskonstruktion wenigstens dem Parteiwillen gerecht würde.[24])

Ein pactum de mutuo dando im Sinne der Realvertragstheorie müßte etwa lauten: A verspricht dem B, mit ihm einen Vertrag zu schließen, in welchem er durch Hingabe einer Geldsumme in Höhe von 100 den B verpflichtet, ihm eine gleichgroße Summe zurückzuzahlen, welche Rückzahlung B zu versprechen hat. Ein pactum de mutuo accipiendo: A verpflichtet sich, mit B einen Vertrag zu schließen, in dem er durch Annahme einer Geldsumme in Höhe von 100 sich zu deren Rückzahlung verpflichtet, welche er zu versprechen hat.[25])

Bei beiden Vorverträgen ist also ein wesentlicher Bestandteil des in Aussicht genommenen Realvertrags, nämlich das Restitutionsversprechen, bereits enthalten. Das, worauf es dem Kapitalisten allein ankommt, die Herstellung eines rechtlich begründeten Vertrauens auf Rückempfang des zu leistenden Kapitals, wird bereits durch das Vorvertragsversprechen gewährleistet. Denn wie Schloßmann (S. 38) mit Recht hervorhebt, „ein bindendes Versprechen der Abgabe eines vom Recht für bindend erklärten

---

[23]) Die begriffliche Möglichkeit eines Vorvertrages zum Konsensualvertrag steht außer Frage; vgl. Degenkolb S. 69 ff. Er wird aber in der Praxis kaum vorkommen; mit dem Darlehnsversprechen im Sinne von § 610 ist er jedenfalls nicht identisch, denn daß das Gesetz einen Vorvertrag zum Konsensualvertrag ausdrücklich regelt, ist unannehmbar und wird auch nirgends vertreten.

[24]) So behauptet Cosack Bd. 1 S. 510, daß nach der Verkehrsanschauung das Darlehnsversprechen nicht als fertiger Darlehnsvertrag, sondern als bloßer Vorvertrag über einen künftig abzuschließenden Darlehnsvertrag anzusehen sei.

[25]) Ähnlich Schloßmann S. 37, der nur unzutreffend den im Realvertrag enthaltenen Konsens als Auflage betrachtet; vgl. dagegen S. 7.

Versprechens einer Leistung hat denselben Wert wie die letztere". Dem Entleiher aber andererseits liegt auf Grund des Vorvertrags nichts an dem Abschluß des Hauptvertrags als solchen, sondern lediglich an der Zahlung der Darlehnsvaluta. Wird nun einerseits dem Erfordernis der Kreditsicherheit durch ein bindendes Versprechen genügt, andererseits dem Interesse des Entleihers, so liegt ein ausreichender Grund für die Rechtsordnung vor, bereits an das erste Versprechen die Verpflichtung zur Leistung zu knüpfen.[26]) Die im Verkehr vorkommenden angeblichen Vorverträge lauten denn auch anders als die oben gekennzeichneten: A verspricht dem B ein Darlehn in Höhe von 100 zu geben. A verspricht dem B, eine Summe von 100 als Darlehn anzunehmen. Es ist eigentümlich, daß die Vertreter der Realvertragstheorie, sobald sie praktische Beispiele geben, nicht eigentliche Vorvertragsversprechen darstellen, sondern den eben gegebenen Beispielen analoge Formulierungen wählen.[27]) Es wird übersehen, daß eine solche Formulierung einen Anspruch des Entleihers auf die Realleistung in sich schließt, ein solcher aber den Realvertragsbegriff ausschließt.

Nach alledem ist der Schluß gerechtfertigt: eine Identifizierung des Versprechens der Darlehnshingabe (§ 610 BGB.) mit dem Vorvertrag zu einem Realvertrag liegt weder im Sinne des Gesetzes noch der Parteianschauung. — Damit sind wir am Ziel. Denn ist das vom Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannte verbindliche Darlehnsversprechen kein Vorvertrag, so kann es nur konsensualer Hauptvertrag sein; dann ist die „res" kein Qualitätserfordernis des im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Darlehnsvertrags, dieser also gehörig zur Gattung der Konsensualverträge.

§ 6.

Das Darlehn als Konsensualvertrag.

I. Der einseitige Darlehnsvertrag.

Nach der Realvertragstheorie ist das Darlehn stets nur einseitiger Vertrag. Der Realvertrag kommt erst durch die Realleistung zustande, so daß nicht eine Verpflichtung des Kapitalisten

[26]) Schloßmann S. 38.

[27]) vgl. Regelsberger in IheringsJ. Bd. 52 S. 412.

auf Leistung, sondern nur eine solche des Entleihers auf Rückleistung aus dem Realvertrag entspringt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um ein verzinsliches Darlehn handelt oder nicht. Die Zinsleistung wird von der herrschenden Meinung nicht als Gegenleistung, sondern als eine auf besonderer Vereinbarung beruhende Nebenleistung angesprochen.[1]) Diese Auffassung ist folgerichtig insofern, als die Annahme eines gegenseitigen Vertrages (§§ 320 ff. BGB.) ein synallagmatisches Verhältnis von Zinsleistung und Darlehnshingabe involviert. Nun aber setzt die Zinspflicht des Entleihers ein Darlehnsschuldverhältnis voraus, und letzteres kommt erst durch die Realleistung zustande. Die „res" ist materielles Substrat sowohl der Restitutionspflicht wie der Zinspflicht. Entsprechend kann die Zinszahlung ebensowenig wie die Rückgabe Gegenleistung im Verhältnis zur „res" sein.

Die Möglichkeit eines gegenseitigen Darlehnsvertrages ist dagegen von der Konsensualtheorie jederzeit anerkannt worden.

Das Darlehn kann in doppelter Weise als gegenseitiger Vertrag aufgefaßt werden,

1. in dem Sinne, daß als Gegenleistung der Darlehnshingabe die spätere Rückleistung,
2. oder in dem Sinne, daß der Zins oder eine andere Entgeltleistung als Gegenleistung für die Kapitalbelassung erscheint.

Wer Hingabe und Rückgabe als synallagmatische Leistungen ansieht, muß grundsätzlich den Darlehnsvertrag, gleichgültig ob er entgeltlich oder unentgeltlich ist, für einen gegenseitigen Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB. halten.[2]) Diese Meinung ist jedoch abzulehnen.

Auszugehen ist von dem Grundsatz: „Nur diejenigen Leistungen und Verpflichtungen sind gegenseitiger Natur, welche ausdrücklich die Erlangung der Versprechungen des anderen Teils zum Zwecke haben".[3]) Demgemäß sind Hingabe und Rückerstattungs-

[1]) vgl. Oertmann, Staudinger, Planck zu § 607; RGE. Bd. 53 S. 297; and. M. Cosack § 142.

[2]) So insbesondere Krahmer § 28 und Lübbert.

[3]) Lammfromm S. 75.

pflicht nicht als Elemente eines Synallagmas anzusehen. Die Restitutionspflicht hat zwar ihre Wurzel ebenso in dem Darlehnsvertrage wie die Hingabepflicht; ihre rechtliche Bedeutung aber ist eine andere. Die Erfüllung der Rückgabepflicht kann nicht vor der Hingabe erfolgen, wie z. B. die Preiszahlung vor der Tradition der Ware oder die Zahlung des Mietzinses vor Überlassung des Mietobjektes. Wenn Lübbert (S. 389) behauptet, wie der Kaufvertrag, so sei auch der Kreditvertrag ein gegenseitiger Vertrag, weil bei ihm Leistung und Rückleistung wirtschaftlich korrespondierten, so ist gerade dies unzutreffend. Die Rückleistung ist keine selbständige Leistung, sie ist nicht Zweck, sondern Folge der Hauptpflicht, der Pflicht des Kapitalisten zur Hingabe. Die Rückleistung bildet kein Äquivalent für die Hingabe wie der Preis für die Ware. Hingabe und Rückleistung stehen wirtschaftlich einander nicht gegenüber, sondern bilden eine Einheit. Rechtlich aber ist die Restitution als Folge der Hingabe grundsätzlich kein geeignetes Element für ein synallagmatisches Verhältnis. Die relative Unabhängigkeit der beiderseitigen Leistung, wie sie sich insbesondere bei der Erfüllung äußert, ist gerade das Eigentümliche synallagmatischer Verpflichtungen.[4]) Diese Eigentümlichkeit fehlt der Restitutionspflicht des Entleihers. Das unentgeltliche Darlehn ist sonach einseitiger Vertrag ebenso wie der unentgeltliche Gebrauchsüberlassungsvertrag, die Leihe, im Gegensatz zum entgeltlichen Gebrauchsüberlassungsvertrag, der Miete. Will man jedoch den Gegensatz des Darlehns zu anderen Rechtsgeschäften hervorheben, bei denen eine Pflicht überhaupt nur auf einer Seite liegt, so mag man das unentgeltliche Darlehn als einen „unvollkommenen zweiseitigen Vertrag" kennzeichnen.

Die grundsätzliche konsensuale Auffassung des Darlehns wird durch diese Feststellung in keiner Weise beeinflußt. Nach der im ersten Abschnitt gegebenen Begriffsbestimmung des Realvertrags kann auch darüber ein Zweifel nicht bestehen, daß ein Vertragstypus, zu dessen Existenzbedingung die „res" nicht gehört, nur Konsensualvertrag sein kann. Es war daher jene Meinung abzulehnen, nach

[4]) And. M. Kohler im ArchBürgR. Bd. 2 S. 225: „Das Wesen des Synallagmas besteht nur darin, daß beide Obligationen eine Einheit bilden, im übrigen aber kann das zeitliche Verhältnis der Obligationen geartet sein wie es will".

der das Darlehn bald sich als Real-, bald sich als Konsensualvertrag darstelle. Dennoch sind die Vertreter dieser Mittelmeinung zahlreich.

Insbesondere wird die Konsensualtheorie für das nur den Kapitalisten zur Hingabe, nicht den Entleiher zur Annahme bindende Versprechen bekämpft. Der zur Rede stehende Einwand läßt sich dahin formulieren: Auch wenn angenommen wird, daß die Übernahme der Rückgabepflicht vor erfolgter Darlehnshingabe begrifflich möglich ist, so entspricht sie regelmäßig nicht dem Willen der Parteien. Denn wollte sich der Versprechensempfänger nicht einmal zur Abnahme des Darlehns verpflichten, um wieviel weniger wollte er sich zur Rückgabe verpflichten. Die Verpflichtung der Rückerstattung, so wird gefolgert, sei unter der Bedingung der Annahme des Darlehns übernommen. Die Annahme hänge vom Willen des Entleihers ab. Eine Verpflichtung aber unter der Bedingung si volet debitor, die also lediglich auf den Willen des Verpflichteten abgestellt sei, sei keine wahre Verpflichtung. Der Wille würde nur durch den Willen gebunden sein, das heiße nichts anderes, als daß er gar nicht gebunden sei.[5])

Einzuräumen ist, daß eine solche bedingte Verpflichtung keine Verpflichtung im Rechtssinne wäre. Das Bürgerliche Gesetzbuch scheint zwar im § 495 eine solche anzuerkennen. Der Käufer ist nach § 495 bedingt zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, obwohl es in seinem Belieben steht, ob er zahlen will oder nicht. Diese eigentümliche widerspruchsvolle Konstruktion nimmt aber offenbar eine Ausnahmestellung ein und verträgt keine analoge Ausdehnung. Zwingt denn aber die konsensuale Auffassung des Darlehns zu solcher Konstruktion? Die Frage ist zu verneinen.

Die Verpflichtung zur Rückzahlung wird nicht bedingt durch den Willen des Entleihers. Hingabe- wie Rückgabeverpflichtung entstehen unmittelbar aus dem konsensualen Darlehnsvertrag, so daß keine aus der anderen erwächst oder durch sie bedingt ist.

Von der Übernahme der Verpflichtung zu scheiden ist ihre Aktualität. Aktuell wird die Pflicht zur Rückerstattung erst nach

---

[5]) vgl. Schäfer S. 32; Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 413/14; Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 275.

der Hingabe. Sie besteht aber „potentiell" bereits vor der Hingabe;[6]) d. h. die Restitutionspflicht ist einerseits rechtlich schon existent auf Grund des konsensualen, der Hingabe vorangehenden Vertrags, andrerseits aber nur latent wirksam, noch entwicklungsfähig und entwicklungsbedürftig. Durch die Hingabe tritt sie in ein neues Stadium. Die Mitwirkung des Entleihers bei der Tradition setzt die bisher ruhende Rückerstattungspflicht in Bewegung. Sie wird nunmehr „aktuell". Man könnte hier analog dem von Langheineken geprägten „verhaltenen Anspuch" von einer „verhaltenen Pflicht" sprechen. Der dingliche Vertrag ist aber grundsätzlich nach § 607 Abs. 1 BGB. Voraussetzung für die Aktualität der Restitutionspflicht, gleichgültig ob der Entleiher zur Annahme verpflichtet war oder nicht. Bedingt ist sonach einerseits die Aktualität der Hingabepflicht vom Willen des Entleihers — echte Bedingung — und andrerseits die Aktualität der Rückgabepflicht von der Mitwirkung beim dinglichen Vertrag als condicio iuris — unechte Bedingung —. So ergibt sich die Lösung der anscheinend widerspruchsvollen Konstruktion. Der Unterschied aber zwischen Real- und Konsensualtheorie läßt sich dahin zum Ausdruck bringen: Nach der Realvertragstheorie ist die Hingabe des Darlehns condicio iuris oder Qualitätserfordernis des Darlehnsvertrages überhaupt; nach der Konsensualtheorie nur condicio iuris der Aktualität der Rückerstattungspflicht.

Um jedem Mißverständnis vorzubeugen, sei an dieser Stelle nochmals hervorgehoben, daß eine Verpflichtung des Kapitalisten zur Leistung auch nach der Konsensualtheorie der Leistung nicht vorherzugehen braucht. Dies Mißverständnis ist offenbar mitverursacht worden durch den halbrichtigen Grundsatz: nach der Realvertragstheorie erfolge die Leistung obligandi, nach der Konsensualtheorie solvendi causa. Die Leistung erscheint auch bei Annahme eines Konsensualdarlehns nicht stets solvendi causa, d. h. als Erfüllung einer Verpflichtung, gerade so wenig wie die

---

[6]) Die Verpflichtung zur Darlehnshingabe setzt sie sogar voraus (vgl. Krahmer S. 92). Der Kapitalist übernimmt die Verpflichtung zur Darlehnshingabe nur gegen die Rückgabepflicht des Entleihers; andernfalls würde ein Darlehen im Sinne des Gesetzes nicht vorliegen.

Einräumung einer Mietwohnung oder die Tradition der Ware sich mit Notwendigkeit als Erfüllungshandlung darstellt. Beim unentgeltlichen Darlehn wird sogar regelmäßig eine Leistungsverpflichtung des Kapitalisten nicht unterstellt werden dürfen. Die bloße unverbindliche Zusage wird scharf von dem rechtlich verbindlichen Versprechen zu scheiden sein.[7]) Ob letzteres vorliegt, ist Sache der Auslegung. Zu weitgehend erscheint jedenfalls die Behauptung Kohlers, eine Verpflichtung des Darleihers zur Darlehnsleistung sei beim Freundschaftsdarlehn ausgeschlossen.[8]) Maßgebend ist lediglich, ob ein rechtlich erheblicher Verpflichtungswille des Kapitalisten anzunehmen ist. § 610 BGB. kennt nicht die Unterscheidung von Geschäftsdarlehn und Gefälligkeitsdarlehn. Es handelt von den Darlehnsversprechen schlechthin. Eine grundsätzlich verschiedene rechtliche Behandlung des entgeltlichen und unentgeltlichen Darlehns rechtfertigt sich mithin nicht.

II. Der gegenseitige Darlehnsvertrag.

1. Das verzinsliche Darlehn.

Das entgeltliche, insbesondere das verzinsliche Darlehn ist ein zweiseitiges synallagmatisches Rechtsverhältnis. Dieser Rechtssatz bedarf gegenüber einer Reihe von Einwänden der Klarstellung.

a) Früher berief man sich vielfach auf das römische Recht und wies darauf hin, daß das mutuum begrifflich unentgeltlich war und eine Zinsverpflichtung nur auf Grund eines besonderen Stipulationsversprechens übernommen werden konnte, welches jedoch nicht als Gegenleistung erschien. Nachdem durch § 608 BGB. die Unentgeltlichkeit als Begriffsmerkmal des Darlehns entfallen ist, kann auch darüber kein Zweifel herrschen, daß der Darlehnsvertrag als einheitlicher aufzufassen ist ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen ausbedungen sind oder nicht.

b) Man hat ferner geleugnet, daß die Zinsverpflichtung stets als Äquivalent von den Parteien betrachtet werde. So hebt

---

[7]) Damit erledigen sich im wesentlichen die Bedenken Schloßmanns S. 78/79.

[8]) Kohler im ArchBürgR. Bd. 33 S. 1 ff.; ähnlich Schloßmann S. 78. Freilich erklärt sich die Kohlersche Meinung aus dem u. E. unrichtig vorgefaßten Realvertragsbegriff; vgl. S. 4/5.

v. Schey[9]) hervor, daß „mitunter dem Darleiher dadurch ein Dienst erwiesen wird, daß sein Kapital zeitweise sich in anderen, vielleicht besseren Händen befindet; andererseits selbst wo auf Seite des Darleihers lediglich das Motiv maßgebend gewesen sei, möglichst wucherische Zinsen aus dem Kapitale herauszuschlagen, dennoch auf seiten des Borgers stets der Gesichtspunkt zur Geltung kommen könne, daß ihm ein Dienst erwiesen werde, indem das Gebrauchsrecht am Kapital ihm zurzeit mehr wert sei als die Zinsen, die er dafür hergebe". Richtig ist, daß in der Tat wirtschaftlich die Zinszahlung sich nicht notwendig als Äquivalent der Darlehnsvaluta erweist. Dieser wirtschaftliche Gesichtspunkt kann aber nicht durchgreifend sein. Auch beim Mietvertrag steht der Mietzins nicht stets im Vordergrunde des Interesses.[10]) Es kann ebenso wie dem Darleiher so dem Vermieter ein Dienst damit geleistet werden, daß sich der Mietgegenstand „in anderen, vielleicht besseren Händen" befindet. Und doch wird niemand daran zweifeln, daß der Mietzins synallagmatische Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung ist.

Maßgebend ist lediglich der rechtliche Gesichtspunkt. Rechtlich aber erscheint diejenige Leistung als Äquivalent, die ausdrücklich als entgeltliche Gegenleistung ausbedungen ist. Mag das wirtschaftliche Motiv der Darleihe nicht identisch sein mit der Erwartung des Zinsgenusses, rechtlich ist der als Entgelt vereinbarte Zins Gegenleistung, Zweckleistung; die Zinsverpflichtung demgemäß synallagmatischer Natur.[11])

---

[9]) v. Schey § 4 Zusatz 1 S. 45.

[10]) Kohler im ArchBürgR. Bd. 2 S. 225.

[11]) An dieser Stelle sei auf den in der Literatur häufig vorkommenden Vergleich von Miete und verzinslichem Darlehn hingewiesen. Die Parallele liegt nahe. Die Hingabe des Darlehns entspricht der Übergabe des Mietobjekts. Für die Gebrauchsüberlassung des Mietgegenstandes einerseits wie für die Kapitalsbelassung andererseits wird ein Zins entrichtet. Bei beiden Verträgen ist der Empfänger zur Rückleistung verpflichtet. Warum also soll ein durchgreifender Unterschied in der rechtlichen Natur der Verträge (Konsensualvertrag — Miete, Realvertrag — Darlehn) bestehen? Eisele sucht dies folgendermaßen zu erklären: 1. Beim Darlehn bestehe im Gegensatz zur Miete kein Synallagma; denn zu einem Synallagma gehöre, daß jede der synallagmatischen Leistungen zuerst erfüllt werden könne. Die Erfüllung der Rückgabeverpflichtung vor der Hingabe sei aber nicht möglich. 2. Die Zins-

c) Auch die folgenden grundsätzlichen Bedenken gegen die Auffassung des Zinses als eines Entgelts für die Kapitalsbelassung sind m. E. nicht stichhaltig. Man hat für unmöglich erklärt, daß außer der Übertragung des Eigentums an einer Sache, d. h. „dem Rechte auf allen und jeden aus der Sache zu ziehenden Gebrauch bis zum vernichtenden Verbrauch", an ihr auch noch „ein separates

---

pflicht erweise sich bei der Miete als Hauptpflicht, während diese bei dem Darlehn nur akzessorischer Natur ist. 3. Endlich habe der Vermieter ein Aussonderungsrecht im Konkurse, nicht der Darleiher. — Was zunächst den letzten Punkt anlangt, so hat der Vermieter als Eigentümer naturgemäß ein stärkeres Recht als der Darleiher, der sein Eigentum aufgegeben hat. Der konkursrechtliche Unterschied entspricht also lediglich der verschiedenen dinglichen Beziehung zwischen Mieter und Vermieter einerseits, Darlelher und Entleiher andererseits, kann also für die obligatorische Frage, um die es sich handelt, nicht in Betracht kommen. Die Behauptung ferner, die Zinsschuld sei beim Darlehn nicht prinzipal, ist bereits mit Recht von Kohler bekämpft worden. In vielen Fällen liegt dem Darleiher lediglich an der jährlichen Darlehnsrente, er hofft, daß das Kapital möglichst spät zurückgezahlt werde. Mit Recht hebt Kohler im ArchBürgR. Bd. 2 S. 227 hervor: „Durch die Verzinslichkeit wird gerade die Kapitalschuld juristisch und wirtschaftlich zu etwas ganz anderem als ohne dieselbe, gerade die Zinspflicht ist für das ganze Geschäft das Maßgebende und Entscheidende; die ganze Hingabe des Kapitals, verbunden mit der Rückzahlungspflicht, tritt in ein anderes Licht, wenn das Darlehn nicht gratis belassen wird, sondern gegen Zeitlohn". Sonach bleibt der erste Einwand Eiseles. Dieser aber erledigt sich mit dem Hinweis, daß Hingabe und Rückleistung überhaupt nicht Glieder des synallagmatischen Verhältnisses sind, vielmehr die Zinsleistung oder ein anderes Entgelt das Äquivalent für die Valuta darstellt. Der Zins aber als Gegenleistung kann auch vor der Hingabe des Darlehns gezahlt werden, ebenso wie der Mietzins vor der Tradition des Mietgegenstandes. Es ergibt sich also in der Tat eine in den wesentlichen Merkmalen übereinstimmende Analogie zwischen verzinslichem Darlehn und Miete. Man hat nun die juristische Verwertbarkeit einer solchen Analogie bestritten. Freilich wird man die theoretische Frage nach der Bedeutung der Realverträge für das heutige Recht nicht mittels eines solchen Vergleiches lösen dürfen. Es erscheint daher verfehlt, wenn Spaethe S. 40 die fortdauernde Geltung der Realverträge im wesentlichen auf Grund der Parallele von Miete und verzinslichem Darlehn in Abrede stellt. Für das römische Recht ließe sich die Analogie zwischen Darlehn und Miete ebenfalls herleiten, und dennoch war zweifellos die Miete Konsensual-, das Darlehn Realvertrag. Verwertbar aber ist die Parallele so weit, als sie klarlegt, worin der Unterschied zwischen Konsensual- und Realvertrag nicht besteht. Sie beweist nämlich, daß das Darlehn aus Gründen seiner eigentümlichen natürlichen Beschaffenheit eine besondere rechtliche Behandlung nicht verdient. Der Vergleich ist ein Beitrag zur Widerlegung der Theorie des „naturnotwendigen" Realkontrakts.

Endchen Gebrauch, für das man separat den Zins fordern könne", übertragen werde.[12])

Demgegenüber sei hervorgehoben: es handelt sich beim Darlehn nicht um eine Kapitalsüberlassung neben der Eigentumsübertragung, sondern durch Eigentumsübertragung. Das Eigentum ist lediglich das juristische Mittel zur Erreichung des wirtschaftlichen Zwecks der Kapitalsbelassung. Die Eigentumsübertragung als solche konnte auch zum Zwecke des Verkaufs, der Schenkung oder der Verwahrung geschehen sein. Es sollen nicht tausend, sondern tausend als Darlehn, nicht zehn Weinflaschen, sondern zehn Weinflaschen als Darlehn tradiert werden. Erst die Zweckberedung gibt dem Rechtsgeschäft seinen Charakter. Der Zweckgedanke aber beim Darlehn ist die Überlassung eines Kapitals zur Nutzung, oder besser die Einräumung der Möglichkeit zu jeglicher Verwertung des Kapitals. Denn der Entleiher ist zur Nutzung nicht verpflichtet, er kann das anvertraute Kapital nach Belieben verwerten, daher einerseits nicht nutzen, andererseits restlos verbrauchen. Auch der Entleiher beim Leihvertrag ist nicht verpflichtet, das geliehene Buch zu lesen, und dennoch war die Gebrauchsüberlassung Zweckleistung.[13]) Macht freilich der Entleiher von dem Leihgegenstand Gebrauch, so darf er diesen

---

[12]) vgl. Cohn bei Endemann S. 841; Krahmer S. 84 ff.; Böhm-Bawerk, Theorie S. 301.

[13]) Damit erledigt sich das folgende Bedenken Böhm-Bawerks. Böhm-Bawerk fragt, was solle man sich unter der zehnjährigen Nutzung einer Flasche Wein vorstellen, die man am ersten Tage ausgetrunken habe, und wie solle man sich denken, daß der Schuldner, der eine geliehene Flasche Wein nach einem Jahre zurückzahlt, weniger verzehrt haben soll als jener, der die Flasche erst nach zehn Jahren zurückzahlt. Böhm-Bawerk übersieht, daß der Entleiher das Kapital anders hätte nutzen können; darauf allein kommt es an. Wenn jemand das geliehene Kapital sofort verschenkt oder die Flasche Wein sofort trinkt, entzieht er sich die Möglichkeit, das Darlehnskapital zu verwerten. Die Möglichkeit aber ist gegeben. Je größer der Zeitraum, desto größer der Spielraum für die Verwertung, desto größer entsprechend der Zins. Die Böhm-Bawerksche Darlehnsdefinition als eines „wahren Tausches gegenwärtiger gegen künftige Güter" (Kritik S. 308) ist für das Recht m. E. nicht verwertbar. Freilich hat das Darlehn nur als Zeitgeschäft Sinn, aber deswegen handelt es sich nicht bloß um einen Tausch gegenwärtiger gegen künftige Güter. Gerade die zwischenzeitliche Verwertungs- oder Nutzungsmöglichkeit macht das Wesentliche aus. Für sie wird der Zins gezahlt.

nur in bestimmter Richtung vornehmen. Der Entleiher eines Kapitals dagegen steht grundsätzlich frei in der Art der Kapitalsnutzung. Aber auch er kann in seinem Verfügungsrecht vertragsmäßig gebunden sein, so beim Baugelderdarlehn. Der Kapitalist hat hier ein Recht darauf, daß sein Darlehn auch wirklich zum Bau verwandt wird, und kann die Ratenzahlung verweigern, wenn das Geld anderen Zwecken zugeführt wird. Man sieht an diesem Beispiel, wie scharf zwischen Mittel und Zweck zu scheiden ist. Auch beim Baugelderdarlehn erhält der Entleiher Eigentum, obwohl er das freie Dispositionsrecht nicht erwirbt. Vielmehr hat er das anvertraute Kapital durchaus analog dem Mieter oder Entleiher im Sinne von § 598 BGB. in vertragsmäßig vorgezeichneter Art zu nutzen.

Der Nutzungszweck wird hier augenscheinlich, vorhanden aber ist er bei jedem Darlehn. Man spricht nicht ohne Grund davon, der Entleiher arbeite mit fremdem Kapital. Das Kapital wird trotz der Eigentumsübertragung als ideeller Teil des Vermögens des Darleihers betrachtet. Der Gebrauchszweck als Darlehnszweck ist im Bürgerlichen Gesetzbuch in der Gesetzesfassung nicht zum Ausdruck gebracht worden. Man vergleiche dagegen die Bestimmung des österr. Gesetzbuchs § 893: „Wenn jemandem verbrauchbare Sachen unter der Bedingung übergeben werden, daß er zwar willkürlich darüber verfügen könne, aber nach einer gewissen Zeit ebensoviel von derselben Gattung und Güte zurückgeben soll, so entsteht ein Darlehnsvertrag", oder den code civil: „le prêt de consommation est un contrat, par le quel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses, qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité".

Daß der Entleiher kraft seines infolge der Eigentumsübertragung grundsätzlich unumschränkten Verfügungsrechts auch die Macht hat,[14]) die begrifflich jedem Darlehn innewohnende Zweckbestimmung zu vereiteln, erklärt sich aus der Eigenart des Mittels zum Zweck, der Eigentumsverschaffung zum Zwecke der Gebrauchsüberlassung. In diesem Sinne ist Lammfromm (S. 78) bei-

[14]) vgl. Cohn bei Endemann S. 841.

zustimmen, wenn er sagt: „Es liegt bei der Darlehnshingabe eine Inkongruenz von Mittel und Zweck vor. Das Mittel greift weit über seinen Zweck hinaus". Die Eigentumsübertragung aber als Mittel zur Erreichung des Darlehnszweckes ist unentbehrlich, da die Gebrauchsüberlassung fungibler Sachen durch bloße Besitzübertragung nicht erreichbar ist. Die Verfügungsbefugnis geht auf den Entleiher über, weil Fungibilien übertragen werden.[15]) Wie bei der Miete die Besitzübertragung, so ist beim Darlehn die Eigentumsübertragung Mittel zum Zweck. Der Zweck ist bei beiden Verträgen die entgeltliche Überlassung zum Gebrauch, der Entgelt aber der Zins.

2. Gemischte Darlehnsverträge.

Das zinsbare Darlehn bildet den Hauptfall des gegenseitigen Darlehnsgeschäfts. An sich kann auch jede andere Leistung den Entgelt für die Kapitalsbelassung bilden. Es lassen sich die verschiedenartigsten Fälle denken, bei denen mit der typischen Darlehnsleistung andere entgeltliche Leistungen kombiniert werden.

Eine Reihe von Beispielen gibt Höniger im ArchBürgR. Bd. 33 S. 278 ff., so u. a. folgende: „A leiht dem B ein Darlehn für ein großes Baugelände; als Entgelt wird dem Kapitalisten eine Parzelle abgetreten — oder A leiht B 50 000 Mk. und erhält als Entgelt eine Mietwohnung im Werte von 2000 Mk.". In diesen und allen ähnlich gelagerten Fällen steht die Realvertragstheorie vor schwierigen Problemen.

Das Darlehnsversprechen ist im Sinne der Realvertragstheorie Vorvertrag. Das Versprechen der Gegenleistung dagegen kann entweder als Teil des Vorvertrages oder als endgültiger Hauptvertrag aufgefaßt werden. Beide Annahmen führen zu den eigentümlichsten Folgerungen.

1. Annahme.

Das Versprechen der Gegenleistung ist Vorvertrag.

a) Wenn nach der Parteivereinbarung die Darlehnsvaluta vor der Gegenleistung, also z. B. vor der Überlassung der Mietwohnung, gegeben werden soll und dieser Vereinbarung entgegen

---

[15]) vgl. Cohn S. 841; Hohenstein S. 55.

der Darlehnsnehmer mit der Annahme der Valuta in Verzug kommt, so kann der Darleiher nicht auf Überlassung der Mietwohnung, sondern nur auf Abschluß des Hauptvertrags klagen.

b) Ist aber der Darlehnsnehmer vorleistungspflichtig und wird dementsprechend die Mietwohnung dem Darleiher etwa 3 Monate vor der Hingabe der Valuta eingeräumt, so müßte nach der Realvertragstheorie der Mietvertrag, obwohl der Mietgegenstand zum entgeltlichen Gebrauch bereits überlassen ist, erst 3 Monate später als abgeschlossen gelten. Daß dies nicht haltbar ist, leuchtet ein.[16])

2. Annahme.

Das Versprechen der Gegenleistung ist ein endgültiges.

Der Verpflichtung des Vermieters, eine Wohnung zu überlassen, würde die des Darleihers gegenüberstehen, einen Darlehnsrealvertrag zu schließen. „Mit Recht wird A sich gegen die Unterstellung eines solchen Vertragsinhalts wahren, er will als Gegenleistung für die Überlassung der Wohnung nicht, daß B mit ihm einen weiteren Vertrag schließt, sondern die wirklichen Vorteile der Kapitalsüberlassung. B soll nach 3 Monaten die 50 000 Mk. nicht hergeben, um einen neuen Vertrag abzuschließen, sondern weil er nach dem alten Vertrage schuldig ist, sie zu geben" (Höniger S. 280). Dagegen vermag ich ein weiteres Bedenken Högingers nicht zu teilen. Höniger meint, der Darleiher sei nicht verpflichtet, den Darlehnsrealvertrag pure zu schließen, sondern nur mit allen Bestimmungen und Klauseln, wie sie der Vorvertrag enthielt. Eine der wichtigsten Bestimmungen sei, daß das Darlehn nicht unentgeltlich abgeschlossen werde. Der Darleiher habe das größte Interesse daran, daß der endgültige Darlehnsvertrag als synallagmatischer zustande käme. Daher müsse beim endgültigen Darlehnsvertrag die Gegenleistung noch einmal stipuliert werden, also z. B. der bereits abgeschlossene Mietvertrag noch einmal geschlossen werden. Höniger geht also von der Voraussetzung aus, der endgültige Darlehnsvertrag müsse in synallagmatische Beziehung mit dem Mietvertrag gesetzt werden. Dies ist nicht zutreffend. Denn hat der Grundvertrag den Inhalt, der

[16]) vgl. Höniger S. 280.

Vermieter A solle dem B seine Wohnung überlassen, wogegen B sich zum Abschluß eines Darlehnsrealvertrags verpflichtet, so stehen diese und nur diese Verpflichtungen nach der Parteivereinbarung in synallagmatischem Verhältnis. Der Darlehnsrealvertrag wäre ebenso wie die Überlassung der Mietwohnung Verpflichtungserfüllung und braucht seinerseits nicht ebenfalls mit dem Mietvertrag in synallagmatische Beziehung gebracht zu werden. Der Darlehnsgeber hätte hierauf kein Recht, ebensowenig wie der Vermieter bei der Besitzeinräumung ein Recht auf Wiederholung der Darlehnsvorverpflichtung hätte. Die Darlehnsgewährung selbst wie die Entgeltleistung würden sich als korrespondierende Erfüllungshandlungen erweisen, so daß keine dieser Erfüllungshandlungen mit einer der ihnen voraufgehenden Verpflichtungen ein Synallagma bildete. Handelte es sich um einen Vertrag, kraft dessen für die Darlehnsgewährung ein Grundstück übereignet werden soll, so wäre dementsprechend nur der Grundvertrag nach § 313 BGB. formbedürftig, nicht — wie Höniger meint — auch der Darlehnsrealvertrag.

M. E. reichen aber die oben gekennzeichneten Bedenken aus, um die Unverträglichkeit der Realvertragstheorie mit den Vertragskombinationen darzulegen. Wenn die Högerschen Ausführungen in der Literatur nicht die erforderliche Beachtung fanden, so beruht dies darauf, daß Höniger nur exzeptionelle Fälle behandelt, die in der Praxis selten vorkommen werden. Um so bedeutsamer erscheint mir der Hinweis auf eine Vertragsart, die im Verkehrsleben eine außerordentlich wichtige Rolle spielt. Diese bietet sich uns in dem hypothekarischen Darlehn, insbesondere in der geschäftsmäßigen Beleihung von Grundstücken durch Hypothekenbanken. Eigentümlicherweise ist m. W. nirgends in der Literatur das Hypothekendarlehn im Zusammenhang mit der theoretischen Konstruktion des Darlehns behandelt worden.

3. Das hypothekarische Darlehn.

Nicht alle hypothekarischen Darlehnsgeschäfte fallen unter die Kategorie der gegenseitigen Verträge. Die Hypothek kann Gegenleistung sein für die Darlehnsvaluta, oft aber wird sie nur als die Bedingung für das Zustandekommen des Darlehnsvertrags

erscheinen. Eine allgemein gültige Antwort läßt sich auf die Frage, ob ein Vertrag, in welchem sich der eine Vertragsteil zur Gewährung eines Darlehns gegen Bestellung einer Hypothek seitens des anderen Teiles verpflichtet, als ein gegenseitiger Vertrag anzusprechen sei, nicht geben.

Maßgebend für die Beurteilung ist nicht der Wortlaut der Vereinbarung. Vielfach lautet der einschlägige Passus bei den zwischen Hypothekenbank und Privatperson abgeschlossenen Verträgen: Es wird ein Darlehn in Höhe von ... Mk. zu 5 % verzinslich unter der Bedingung hypothekarischer Sicherstellung vertraglich bewilligt. „Bedingung" ist hier nicht im juristisch-technischen Sinne, sondern im kaufmännischen zu verstehen. Es soll nur der Umfang der Gegenleistung, welche die Hypothekenbank vom Entleiher erwartet, gekennzeichnet werden.

Maßgebend ist vielmehr, ob die Hypothek dem Darleiher nur als Sicherheit dient oder ihr wesentlicher Zweck die Verschaffung eines Gegenwertes bedeutet. Handelt es sich wirtschaftlich um ein Kapitalanlagegeschäft, so wird man mit dem Reichsgericht[17]) an dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung für die auf beiden Seiten zugunsten des anderen Teiles übernommenen Leistungen nicht zweifeln dürfen.

Unter diesem Gesichtspunkte sind grundsätzlich alle Beleihungen durch Bankinstitute zu betrachten. Die Hypothek ist für die Hypothekenbanken ebenso Handelsobjekt wie für den Käufer die Ware. Mit gutem Grunde spricht darum der Verkehr von dem Kauf einer Hypothek. Die Bezeichnung des Verpfändungsvertrages als Hypothekenkauf findet auch ihre gesetzliche Grundlage.

Der obligatorische, auf die Belastung eines Grundstücks gerichtete Vertrag tritt nämlich im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht als besonders geregelter Typus auf. Der 1. Entwurf hatte in den §§ 681, 682 dem Verpfändungsvertrag eine besondere Stelle angewiesen. § 681 begründete allgemein die Verpflichtung zur Pfandverschaffung. Im Falle der Nichterfüllung konnte der Berechtigte anderweitige Sicherheit oder Ersatz eines event. weitergehenden Schadens verlangen. Ein Recht wie das aus § 682 kann heute

---

[17]) vgl. RG. bei Warneyer 1910 Nr. 402.

nur aus dem Vertragsinhalt hergeleitet werden. Der Verpfändungsvertrag hat nach geltendem Recht als zu dem weiteren Begriffe der Gegenstandsverschaffungsverträge gehörig seinen Platz im ersten Titel des zweiten Buches (Einzelne Schuldverhältnisse) über den Kauf gefunden. BGB. § 445 bestimmt:

> „Die Vorschriften der §§ 433—444 finden auf andere Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung".[18])

Es liegt nun die Frage nahe, ob durch Annahme eines gegenseitigen Vertrages im Sinne von § 445 die Anwendung der Darlehnsvorschriften, insbesondere die Vorschrift des § 610, ausgeschlossen wird. Letzteres scheint das Reichsgericht (Warneyer Nr. 402) in der Tat anzunehmen. Die Klägerin vertrat in der zitierten Entscheidung den Standpunkt, daß ein Widerruf nach § 610 BGB. dem Beklagten verwehrt sei, weil es sich um einen gegenseitigen Vertrag handle. Berufungs- und Revisionsgericht verneinten die Gegenseitigkeit des betreffenden Vertrags, beanstandeten aber keineswegs die Schlüssigkeit der klägerischen Argumentation.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Gesetzgeber im § 610 nur einen einseitig verpflichtenden Vertrag im Auge hatte, die ratio legis ist, den vorleistungspflichtigen Kapitalisten gegen Gefährdung der Rückerstattung zu schützen. Diese Gefahr ist beim einseitigen wie beim gegenseitigen Vertrag dieselbe. Bezöge sich § 610 nicht auf gegenseitige Verträge, so könnte regelmäßig eine Hypothekenbank ihr Darlehnsversprechen nicht widerrufen. Denn wie auch das Reichsgericht anerkennt, handelt es sich bei Grundstücksbeleihungen durch Bankinstitute regelmäßig um gegenseitige

---

[18]) Zu erwägen ist, ob nicht auch die Vorschriften über den Handelskauf Platz greifen, da nach geltendem Recht auch Grundstücksgeschäfte Handelsgeschäfte sein können. Die Bestimmungen über den Handelskauf (HGB. §§ 373 ff.) beziehen sich aber lediglich auf denjenigen Kauf, dessen Gegenstand eine Ware oder ein Wertpapier ist. Der Kauf einer „Hypothek" ist zwar ein Handelsgeschäft (im Falle der Beleihung durch Hypothekenbanken) gemäß § 1 Ziff. 4 BGB. Es können dementsprechend auch handelsrechtliche Vorschriften zur Anwendung kommen, z. B. HGB. § 348, aber er ist kein „Handelskauf".

Verträge. Die Hypothekenbanken aber bedürfen, um geschäftlich sicher zu gehen, des Widerrufsrechts. Es liegt in ihrem wie im öffentlichen Interesse, daß sie liquide Schuldner haben. Die Zahl der Zwangsversteigerungen muß tunlichst auf ein Minimum zurückgedrängt werden. Dann aber darf den Hypothekenbanken das Schutzmittel des § 610 nicht versagt werden.[19]) Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich aus folgender Erwägung.

In § 445 BGB. wird die analoge, nicht die ausschließliche Anwendung der §§ 433 ff vorgeschrieben. Die Möglichkeit einer Kombination von Vertragsnormen ist gegeben. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch genügt grundsätzlich die Beschaffenheit nur einer Leistung, um von ihr auf den Typus überhaupt zu schließen, d. h. wenn eine der beiden synallagmatischen Leistungen sich unter einen im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Typus unterordnen läßt, dann gehört der entgeltliche Vertrag bereits zu diesem Typus. Besteht z. B. die eine Leistung in der Herstellung eines Werkes, so ist der Vertrag ein Werkvertrag, gleichgültig welcher Art die Gegenleistung ist.[20]) Ist nun die Gegenleistung eine solche, welche ihrerseits unter einen Gesetzestypus fällt, so läßt sich dieser Vertrag als ein doppeltypischer bezeichnen. Nur beim Typus Kauf hat das Bürgerliche Gesetzbuch als Gegenleistung ausschließlich die Geldleistung anerkannt (§ 433). Diesem Prinzip ist aber, wie Höniger (Gemischte Verträge S. 282) sagt, die Spitze dadurch abgebrochen, daß man durch die §§ 445, 493, 515 die Vorschriften über den Kauf auf jeden entgeltlichen Gegenstandsverschaffungsvertrag anwendbar gemacht hat.

Nun ist einzuräumen, daß die gesetzlichen Vorschriften sich im wesentlichen nur auf die eintypischen Verträge beziehen, d. h. auf solche Verträge, bei denen der typischen Vertragsleistung die indifferente Geldleistung gegenübersteht. Der Gesetzgeber wollte aber nicht die Möglichkeit anderer synallagmatischer Gegenleistungen

---

[19]) Richtig RGE. Bd. 52 S. 5 ff., wo es sich offenbar um einen gegenseitigen Vertrag handelt. Das Reichsgericht entschied: „Zu dieser Verweigerung war die Bank nach § 610 BGB. bei der, wie der Konkurs erweist, eingetretenen wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse gesetzlich berechtigt ... nicht auf Grund des vorbehaltenen Rücktrittsrechts".

[20]) vgl. Höniger, Gemischte Verträge S. 84, vgl. auch S. 80 ff.

ausschließen, sondern erkannte, daß eine Regelung aller Vertragskombinationen gesetzestechnisch unmöglich sei.[21]) Das von Lotmar sogen. Absorptionsprinzip ist durch das Bürgerliche Gesetzbuch keineswegs anerkannt. Mit Recht erklären die Motive (S. 321), daß die in den verschiedenen Kategorien gegebenen Vorschriften in Verbindung miteinander gegebenenfalls zur Anwendung kommen müssen. Gerade dort, wo das Bürgerliche Gesetzbuch anscheinend nur einen einseitigen Vertrag regelt, nimmt es selbst den Schein fort, indem es im § 445 die Kaufnormen für alle Gegenstandsverschaffungsverträge anwendbar macht, also auch für doppeltypische. Denn wenn auch die Kaufnormen analoge Anwendung finden, so ist doch ein Vertrag im Sinne von § 445 nicht schlechthin Kauf im technischen Sinne. Die Bezeichnung „Kauf einer Hypothek" ist insofern irreführend, als die Kaufvorschriften auch, aber nicht nur Anwendung finden.

Jede Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes kann sich also mit einer beliebigen Gegenleistung verknüpfen. Wie die Kaufleistung als Gegenleistung einer Werkvertragsleistung erscheinen kann, so kann sich auch die einer Kaufleistung analog zu behandelnde Belastung eines Gegenstandes mit jeder typischen Gegenleistung, also auch mit der Darlehnsleistung, zu einem doppeltypischen Vertrage verbinden. Auf Tatbestände, die unter § 445 fallen (entgeltliche Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes), finden einerseits die Vorschriften über den Kauf §§ 433 ff. entsprechende Anwendung und andererseits diejenigen Vorschriften, welche auf die verselbständigte typische Gegenleistung Anwendung finden würden. Für den hypothekarischen Darlehnsvertrag kommen sonach zur Anwendung:

1. §§ 320 ff. (gegenseitiger Vertrag),
2. §§ 433 ff. (Belastung eines Gegenstandes — Hypothek),
3. §§ 607 ff. (entgeltliche Gegenleistung — Darlehn).

Wir finden somit das oben unter wirtschaftlichem Gesichtspunkte gefundene Ergebnis (Anwendung des § 610 auf den Vertrag vorliegender Art) durch die vorstehende rechtliche Deduktion bestätigt.

[21]) And. M. Lotmar, Arbeitsvertrag Bd. 1 S. 161 Anm. 3. Die Dienstwerk- oder Werkdienstverträge seien Zentauren, die das BGB. nicht kenne.

Die Anwendbarkeit der Darlehnsnormen hat nun nicht etwa die Bedeutung, daß sie nur subsidiär in Betracht kommen, vielmehr stehen sie den Kaufvorschriften durchaus nebengeordnet. Dies ergibt sich aus dem Begriff des doppeltypischen Vertrages. Die theoretischen Differenzen der Konsensual- und Realvertragstheorie werden daher auch hier von Bedeutung sein.

I. Nach der Konsensualtheorie ergeben sich keine besonderen Schwierigkeiten. Der Grundvertrag, der zwischen Hypothekenbank und Entleiher geschlossen wird, ist Hauptvertrag. Aus ihm entspringt sowohl die Pflicht zur Hypothekenstellung wie die zur Hingabe der Darlehnsvaluta, wie endlich die Pflicht zur Rückerstattung und Zinszahlung.

II. Zu Komplikationen führt die Annahme eines Realvertrages. Nach der Realvertragstheorie kennt das Gesetz vor der Hingabe keine Verpflichtung zur Hingabe der „res" als solcher, sondern nur zum Realkontrakt: das Darlehnsversprechen muß identisch sein mit einem Vorvertrage zum realen Hauptvertrage. Die Verpflichtung zur Hypothekenbestellung dagegen kann entweder Bestandteil des Vorvertrags sein oder selbständiger endgültiger Vertrag. Beide Möglichkeiten sind zu berücksichtigen.

1. Für die erste Annahme gilt dasselbe, was bereits oben S. 60 hervorgehoben wurde. Ist nämlich der Darlehnsnehmer kraft Vereinbarung vorleistungspflichtig, soll also z. B. die Hypothek einen Monat vor Auszahlung der Darlehnsvaluta bestellt und eingetragen werden, so müßte vom Standpunkte der Realvertragstheorie dennoch erst bei Abschluß des Darlehnshauptvertrags die Hypothekenbestellung als erfolgt angesehen werden. Denn auch die Vereinbarung über die Hypothekenbestellung soll ja Bestandteil des Vorvertrags sein mit der Maßgabe, daß die Perfektion erst durch Abschluß des realen Darlehnshauptvertrages erfolgen soll. Dem steht die Tatsache entgegen, daß die Hypothek bereits bestellt und eingetragen, womöglich schon an Dritte abgetreten ist. Die Konstruktion einer Vereinbarung, welche die Hypothekenbestellung als Vorvertragsbestandteil des Grundvertrags umfaßt, ist nicht haltbar.

2. Die Vereinbarung über die Gegenleistung für die Darlehnsvaluta kann mithin nur als endgültige aufgefaßt werden (vgl. S. 60).

Der vorliegende Vertrag hat danach eine eigenartige Gestalt. Er ist einerseits Hauptvertrag, insofern aus ihm der Entleiher zur Bestellung der Hypothek gegen Gewährung des Darlehns verpflichtet wird, und andererseits Vorvertrag, indem die Hypothekenbank zur Erfüllung des Darlehnsversprechens durch Abschluß des Realvertrags verpflichtet wird. Das Versprechen der Darlehnshingabe tritt einmal auf als Hauptverpflichtung (Versprechen der Gegenleistung) und andererseits als Vorverpflichtung (Versprechen der Mitwirkung zum Darlehnsrealkontrakt). Soll der Vertrag zwischen Hypothekenbank und Entleiher als einheitlicher und in sich schlüssiger aufrechterhalten werden, so kann die Scheidung von Haupt- und Vorvertragsverpflichtung nur eine begriffliche sein, inhaltlich müssen die Verpflichtungen auf dasselbe Ziel gerichtet sein. Da die Verpflichtung aus dem Vorvertrage eine obligatio faciendi im Sinne der Realvertragstheorie ist, muß es auch die Hauptverpflichtung sein. Dementsprechend hat nach der Realvertragstheorie auch im Falle des hypothekarischen Darlehnsvertrages der Entleiher grundsätzlich keinen Anspruch auf die Darlehnsvaluta, da eine obligatio dandi nicht vorliegt, und zwar ist es irrelevant, ob seinerseits der Entleiher die stipulierte Gegenleistung bewirkt, die Hypothek also bereits bestellt hat. Es fragt sich, ob dies Ergebnis mit dem Gesetze im Einklange steht.

Nach § 1139 BGB. hat der Hypothekenbesteller, wenn die Erteilung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen worden ist, das Recht, einen Widerspruch auf Grund eines Antrages an das Grundbuchamt eintragen zu lassen, der sich auf die Nichthingabe des Darlehns stützt. Diesem Widerspruch, sofern er binnen einem Monat erfolgt, legt das Gesetz rückwirkende Kraft bei. Die ratio dieser Bestimmung ist die: wer ein durch Hypothek zu sicherndes Darlehn verspricht, wird regelmäßig erst nach der Eintragung zur Auszahlung der Dahrlehnsvaluta bereit sein. Bis zur Auszahlung der Valuta besteht zwar keine Fremd-, sondern eine Eigentümerhypothek (§ 1163), aber es spricht eine Vermutung für den eingetragenen Kapitalisten, daß die Fremdhypothek bereits besteht (§ 1138). Es liegt daher die Gefahr vor, daß der Kapitalist die Hypothek einem gutgläubigen Dritten zediert. Dann kann der Eigentümer dem Dritten die Nichtexistenz der Hypothek nicht

einwenden. Dieser Gefahr begegnet § 1139 BGB. Bei der Briefhypothek ist die Gefahr nicht vorhanden, da der Eigentümer hier mit dem Hypothekenbrief bis zur Zahlung der Darlehnsvaluta zurückhalten kann.

Das Gesetz geht also von der Vorstellung aus, daß die Kontrahenten zu gegenseitiger Erfüllung Zug um Zug verpflichtet sind mit der Maßgabe, daß als Gegenleistung die Hingabe der Valuta selbst erscheint. Diese Auffassung entspricht auch der Verkehrsanschauung und Praxis der Hypothekenbanken. Hat der Geldsucher die Hypothek errichtet, so kann er nunmehr Zuzählung der Darlehnssumme verlangen. Sein Anspruch ist ein auf Geld gerichteter, nicht auf Abschluß eines weiteren Vertrages. Dies ergibt sich für das hypothekarische Darlehn insbesondere aus folgender Erwägung.

Hypothekarische Darlehnsgeschäfte als Kapitalanlagegeschäfte gehören zu den Gegenstandsverschaffungsverträgen im Sinne von § 445 BGB. Auf die unter § 445 fallenden Tatbestände finden die Vorschriften §§ 433 ff. analoge Anwendung. Dem Gesetze nach sind daher Gegenstandsverschaffung einerseits und Entgeltleistung andererseits ebenso wie Ware und Preis zu behandeln. Das Verhältnis von Hypothekenbestellung und Darlehnsentgeltleistung ist dem von Ware und Preis analog zu beurteilen. Nun ist zwar nicht erforderlich, daß die Entgeltleistung im Sinne von § 445 BGB. entsprechend dem Kaufpreise sich als Geldleistung darstellt; doch wird man nur eine solche Leistung der Geldleistung gleichsetzen dürfen, die als wirklicher Gegenwert für die Gegenstandsverschaffung erscheint. Andernfalls liegt ein dem Kauf entsprechendes Umsatzgeschäft nicht vor. Als solche Gegenleistung kommt jede Sachleistung in Betracht, die Herstellung eines Werkes, die Einräumung einer Mietwohnung usw., auch Forderungsrechte werden als Äquivalente angesehen werden dürfen. Maßgebend ist lediglich, daß nach der Parteianschauung die gegenseitig stipulierten Leistungen als Äquivalente erscheinen.

Wenden wir diesen Grundsatz auf das hypothekarische Darlehnsgeschäft an, so ist ersichtlich: Gegenwert für die der Ware analog zu behandelnde Hypothek kann nicht der Darlehnsrealvertrag sein. Ein Vertrag erzeugt für beide Teile

Pflichten, so daß er als Gegenleistung nicht aufgefaßt werden darf. Er ist wirtschaftlich überhaupt nicht Leistung, rechtlich aber jedenfalls nicht einseitige Leistung, Gegenleistung. Äquivalent im Sinne der Parteien für die Verpfändung ist nicht der Darlehnsvertrag, sondern die Darlehnsvaluta. Die Darlehnsvaluta ist der Preis für die Hypothek als Ware. Sofern die Hypothek als Bedingung oder Vorableistung auftritt, mag man sich mit der Realvertragstheorie noch abfinden. Erscheint sie aber als Gegenleistung, so vermag die Realvertragstheorie den Erfordernissen des Gesetzes (§ 445 BGB. in Verb. mit § 433) und dem Parteiwillen nicht gerecht zu werden.

Es liegt nun nahe, den hypothekarischen Darlehnsvertrag lediglich nach Maßgabe des § 445 zu behandeln, so daß er rechtlich als Kauf einer Hypothek und nur als solcher erscheint. Diese Annahme wäre jedoch nicht durchführbar. Ist der Anspruch des Entleihers auf Auszahlung der Valuta gerichtet, so fragt es sich, worauf die Verpflichtung zur Zinszahlung und Rückerstattung gegründet werden soll. Darlehnsverpflichtungen können nur auf einem Darlehnsschuldverhältnis beruhen. Ein solches aber soll im Sinne der Realvertragstheorie erst mit der „res“ als seinem Qualitätserfordernis entstehen. Die Darlehnsverpflichtungen können zwar schon in dem als Vorvertrag gekennzeichneten Konsensualvertrag ausgedrückt werden, aber sie bestehen rechtlich noch nicht. Die „res“, welche obligandi causa hingegeben wird, kann nicht zugleich dingliche Erfüllungshandlung sein.

Hier steht die Realvertragstheorie vor einem unlöslichen Problem. Die Realvertragstheorie ist begrifflich Einseitigkeitskonstruktion. Darum wird auch folgerichtig die Zinsleistung von der herrschenden Meinung nicht als Äquivalent für die Darlehnshingabe, nicht als Gegenleistung, sondern als eine aus dem Zinsnebenvertrag fließende akzessorische Leistung betrachtet. Der Parteiwille aber zwingt zur Gegenseitigkeitskonstruktion. Daß gemischte Verträge, wie die oben gekennzeichneten, vorkommen können, läßt sich nicht bezweifeln, und die geschäftsmäßige Beleihung durch Hypothekenbanken ist ein typisches Verkehrsgeschäft. Die Auffassung der Darlehnsleistung aber als einer synallagmatischen Gegenleistung ist nur mit der Konsensualtheorie vereinbar.

B. Der Leihvertrag.

§ 7.

Die Leihe wird wie das Darlehn von der herrschenden Meinung als Realkontrakt aufgefaßt, zumeist unter Berufung auf § 604 BGB. Aus der Bestimmung

> „der Entleiher ist verpflichtet, die geliehene Sache nach dem Ablaufe der für die Leihe bestimmten Zeit zurückzugeben"

wird der Schluß gezogen, ohne Hingabe der Sache sei eine Rückgabeverpflichtung nicht denkbar.[22]) Auf das Irrtümliche dieser Folgerung ist bereits oben hingewiesen worden (S. 3).

Allgemein zugegeben wird, daß der Hingabe des Leihgegenstandes eine Vorverpflichtung des Verleihers vorhergehen kann, kraft welcher dieser die Verleihung zu unentgeltlichem Gebrauche dem Versprechensempfänger zusagt. Die herrschende Meinung betrachtet dies Versprechen als nicht zum Bau des Leihvertrages gehörig, sondern kennzeichnet es wie das Versprechen aus § 610 BGB. als Vorvertrag. Gegen diese Annahme sprechen alle die Gründe, welche wir bei Behandlung des § 610 BGB. gegen den Darlehnsvorvertrag geltend machten.

Für die Leihe ist die Vorvertragskonstruktion um so weniger anzunehmen, als nach der Entstehungsgeschichte des § 598 BGB. die gesetzgeberische Absicht gerade darauf abzielte, den Leihvertrag einheitlich zu regeln. Während nach den Motiven zum § 550 des 1. Entw. die einseitige Zusage der Leihe als Vorvertrag ausdrücklich bezeichnet wurde, hat die 2. Kommission bewußt die Scheidung von realem Leihvertrag und Vorvertrag vermieden. Damit aber ist die Streitfrage im Sinne der Konsensualtheorie entschieden.

Die Tradition ist nicht Tatbestandsmerkmal des Leihvertrages (§ 598 BGB.). Durch den Leihvertrag wird der Verleiher einer Sache verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der Sache unentgeltlich zu gestatten. Hiernach muß als Verleiher sowohl derjenige angesehen werden, der den Gegenstand der Leihe bereits übergeben hat, wie auch derjenige, der die Tradition erst zu-

---

[22]) Fischer-Henle zu § 598 Anm. 1.

gesichert hat.[23]) Die „res“ ist somit nicht gesetzliches Qualitätserfordernis des Leihvertrages, folglich dieser konsensualer Natur.

Für den Leihvertrag ist zweierlei noch besonders hervorzuheben:

1. Die Leihe ist gemäß § 598 begriffsnotwendig unentgeltlich. Sie ist ein „unvollkommen zweiseitiges Schuldverhältnis“. Die Vorschriften über gegenseitige Verträge (§§ 320 ff.) finden daher keine Anwendung. Kommt der Entleiher mit der Rückleistung in Verzug, so kann der Verleiher die verspätete Leistung nicht zurückweisen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, sondern erst nachdem der Schuldner zur Leistung rechtskräftig verurteilt ist.

2. Die Leihe kann auf bestimmte oder unbestimmte Zeit abgeschlossen werden (§ 604). Die Zeitbestimmung gilt jedoch im Zweifel nicht gegen den Entleiher. Dies ergibt sich aus § 271 Abs. 2 BGB.

Kann aber der Entleiher grundsätzlich die geliehene Sache ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zurückgeben, so wird man dem Entleiher vor der Hingabe des Leihgegenstandes auch das Recht zuerkennen müssen, die Annahme der vertraglich zugesagten Sachübergabe zum unentgeltlichen Gebrauche zu verweigern. Trotzdem ist der Entleiher kraft des konsensualen Leihvertrages nicht erst auf Grund der Hingabe zur Rückleistung verpflichtet. Die Mitwirkung beim dinglichen Vertrage bewirkt wie beim Darlehn lediglich, daß die potentiell auf Grund des Konsenses bereits bestehende Rückgabeverpflichtung aktuell wird.

C. Der Verwahrungsvertrag.

§ 8.

Für die Verwahrung gelten im wesentlichen dieselben Grundsätze wie für das Darlehn und die Leihe. Mit der Bestimmung:

> „durch den Verwahrungsvertrag wird der Verwahrer verpflichtet, eine ihm von dem Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren“ (§ 688)

[23]) vgl. Prot. Bd. 2 S. 269; Kipp bei Windscheid Bd. 2 S. 550; Komm. d. RGRäte Vorbem. 2 zu § 598 BGB.

hat das Gesetz, ähnlich wie im § 607, die wichtigsten das Verwahrungsgeschäft von anderen Verträgen scheidenden Merkmale hervorgehoben, ohne die Hingabe als schuldbegründendes Moment zu kennzeichnen. Eine Entscheidung im Sinne der Realvertragstheorie ist nicht gegeben und war auch vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt.[1]) Die der Tradition vorausgehende Vereinbarung ist nicht Vorvertrag, sondern konsensualer Hauptvertrag.

Beachtenswert ist, daß der Verwahrungsvertrag auch unentgeltlich sein kann (§ 689 BGB.). Dies war im 1. Entw. § 615 noch bestimmter ausgedrückt mit den Worten:

„Der Hinterleger kann sich verpflichten, für die Aufbewahrung dem Verwahrer eine Vergütung zu gewähren".

Hat aber der Verwahrer einen erzwingbaren Anspruch auf Entgelt und vergegenwärtigt man sich, daß der Verwahrungsvertrag im Interesse des Hinterlegers abgeschlossen wird, so wird man diesem das Recht einräumen müssen, die Übernahme des Verwahrungsgegenstandes zu erzwingen. Ein solches Recht kann aber nur auf einen konsensualen Verwahrungsvertrag gegründet werden. Auf Grund dieser Erwägung gelangen denn auch Cosack und Schloßmann zur konsensualen Auffassung des Verwahrungsgeschäfts.

Ein Anspruch des Verwahrers dagegen auf Hinterlegung ist ausgeschlossen.[2]) Dies ergibt sich aus § 695 BGB. Denn ist der Hinterleger befugt, die hinterlegte Sache jederzeit zurückzufordern, so kann er auch nicht verpflichtet werden, diese gegen seinen Willen zur Verwahrung zu übergeben. Die Hingabe ist nicht bei allen Rückleistungsverträgen Erfüllung einer Verbindlichkeit. Darlehn und Leihe stehen in dieser Beziehung im Gegensatz zur Verwahrung. Bei Darlehn und Leihe gibt es ein Recht auf Hingabe, beim Verwahrungsgeschäft nur ein solches auf Übernahme.[3])

[1]) Mot. Bd. 2 S. 391.

[2]) And. M. Komm. d. RGRäte Vorbem. 1 zu § 688.

[3]) Zweifelhaft scheint die Begründung Scherlers: „Nur dann, wenn die Leistung des Gebers im Interesse des Nehmers geschieht, dieser also (!) nach dem Inhalt des Vertrages auf sie ein Recht hat, wird ein Anspruch auf Hingabe gegeben sein. Auch beim Verwahrungsgeschäft, wenn es entgeltlich ist, kann ein Interesse des Verwahrers auf Hinterlegung vorliegen. Dennoch hat der Verwahrer keinen Anspruch auf Hinterlegung, eben weil dieser mit Rücksicht auf § 695 ausgeschlossen erscheint".

Die Befugnis, die hinterlegte Sache jederzeit zurückzufordern, steht dem Hinterleger auch dann zu, wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt ist, ja sogar wenn die Verwahrung gegen Entgelt erfolgt. Eine Vereinbarung, durch welche dies Recht des Hinterlegers ausgeschlossen wird, ist zwar nicht unzulässig. Wohl aber verliert der Vertrag dann den Charakter eines Verwahrungsvertrags und ist als Werk- oder Dienstvertrag aufzufassen.[4]) In diesem Sinne ist die Vorschrift des § 695 zwingend.

Aus § 695 BGB. ist m. E. ferner zu folgern, daß das Verwahrungsgeschäft auch im Falle der Entgeltlichkeit kein gegenseitiger, den Regeln der §§ 320 ff. BGB. unterliegender Vertrag ist. Der Restitutionsanspruch des Hinterlegers steht derart im Vordergrunde des Verhältnisses, daß die Vergütungspflicht des Hinterlegers nicht als synallagmatische Gegenverpflichtung erscheint.[5])

Freilich kann auch der Parteiwille dahin gehen, daß die Vergütung des Hinterlegers das Äquivalent für die Verwahrung bildet. Dann aber handelt es sich wiederum nicht um einen Verwahrungsvertrag im Sinne des Gesetzes, sondern um einen Dienst- oder Werkvertrag.

Dies gilt auch für das depositum irregulare. Es ist freilich die Ansicht vertreten, das depositum irregulare sei gemäß § 700 BGB. juristisch als Darlehn zu behandeln.[6]) Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Das Gesetz sagt lediglich, daß die Regeln des Darlehns auf das depositum irregulare Anwendung finden. Die Vorschriften über die Verwahrung bleiben trotzdem von Bedeutung. Insbesondere bestimmen sich im Zweifel Zeit und Ort der Rückgabe nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag (§ 700). Das Interesse liegt auch beim depositum irregulare beim Hinterleger, beim Darlehn grundsätzlich beim Entleiher. Es handelt sich um wirtschaftlich durchaus verschiedene Geschäfte. Darum werden auch keine Darlehnszinsen gezahlt, sondern Depositalzinsen.

---

[4]) Übereinstimmend Dernburg § 350 III, 1; Staudinger zu § 695, 5; Oertmann zu § 695; and. M. Planck zu § 695, 2.

[5]) And. M. Cosack § 154.

[6]) So insbes. Cosack § 154 VI, 3.

zinsen, die wegen der steten Rücknahmemöglichkeit niedriger sind.[7] [8])

Da § 695 BGB. auch für das depositum irregulare Platz greift, ist eine analoge Anwendung des § 610 zugunsten des Hinterlegers nicht erforderlich. Der Hinterleger bedarf nicht des Widerrufsrechts aus § 610, wie Scherler (S. 66) meint, denn es besteht kein Anspruch des Verwahrers auf Hinterlegung. Dagegen findet § 607 Abs. 2 entsprechende Anwendung auf die „uneigentlichen" Verwahrungsverträge. Es kann daher eine bestehende Schuld auch in ein solches Verhältnis umgewandelt werden.

---

[7]) vgl. Oertmann zu § 700; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 93 Nr. 2; Komm. d. RGRäte Vorbem. 1 zu § 607.

[8]) Windscheid-Kipp S. 566.

Dritter Abschnitt.

Der Gegensatz der Real- und Konsensualtheorie in der Praxis.

§ 9.

Klagbegründende Tatsachen.

Der Streit über die Konstruktion der Rückleistungsverträge ist nicht bloß von theoretischem Interesse, sondern auch von erheblicher praktischer Bedeutung. Dies ist freilich von der Realvertragstheorie nicht in vollem Maße erkannt worden.[1]) Andererseits ist künstlich ein Gegensatz dort konstruiert worden, wo er in Wirklichkeit nicht besteht.

Dies gilt insbesondere von der prozessualen Frage, welche Tatsachen zur Begründung der Restitutionsklage geltend gemacht werden müssen. v. Schey (S. 38) behauptet, vom Standpunkte der Konsensualtheorie müsse die Geltendmachung der Darlehnsvereinbarung zur Substanzierung der Restitutionsklage als genügend erachtet werden. Dies ist nicht zutreffend. Denn wenn auch die Restitutionspflicht als solche auf der bloßen Verabredung beruht, so hängt doch ihre Aktualität und damit ihre prozessuale Durchsetzung von der Hingabe ab. Der Rückforderungsanspruch des Vermieters setzt ebenfalls die Hingabe als klagbegründende Tatsache voraus und beruht dennoch ohne Zweifel auf einem konsensualen Vertrage. Im übrigen wird jedes Bedenken durch das Gesetz selbst beseitigt; denn nach § 607 Abs. 1 wird das Verlangen

[1]) vgl. Staudinger zu § 607 Vorbem. 2: „Im übrigen hat der Streit praktisch nur geringe Bedeutung".

der Rückleistung ausdrücklich an die Hingabe als condicio iuris geknüpft. Insoweit stimmen die Theorien im Ergebnis überein.

Klagt dagegen der Kapitalist auf Zinszahlung, so ist nach der Realvertragstheorie freilich wiederum die Hingabe Klagfundament, nach der Konsensualtheorie dagegen ist zur Substanzierung des Zinsanspruchs lediglich die Darlehns- oder Depositalvereinbarung geltend zu machen. Denn auf dieser beruht die Zinspflicht nicht nur potentiell, sondern auch aktuell, ganz entsprechend der Zinspflicht des Mieters oder den synallagmatischen Verpflichtungen bei anderen Verträgen. Regelmäßig freilich wird auch nach der Konsensualtheorie die Parteiabsicht dahin gehen, daß der Entleiher erst vom Augenblick der Darlehnshingabe Zinsen zu zahlen hat, doch ist der Parteivereinbarung freier Spielraum gelassen. Die herrschende Lehre steht hier grundsätzlich auf entgegengesetztem Standpunkt. Der Zinsnebenvertrag wird erst und nur gleichzeitig mit dem Realvertrag perfekt. Zinsen können folgerichtig vor der Darlehnshingabe nicht geschuldet werden. Nun aber können doch ohne Zweifel die Parteien ausdrücklich vereinbaren, daß bereits vorher Zinsen gezahlt werden sollen. So kommt beim Krediteröffnungsvertrag oft eine Parteivereinbarung des Inhalts vor, daß dem Kreditsucher bis zu einer gewissen Höhe Zinsen zur Last gestellt werden, auch wenn er Kredit nicht in Anspruch nimmt. Zu Unrecht erklärt Dernburg (Bürgerl. R. § 233 III S. 250), es handle sich hier nicht um Zinsen im wahren Sinne, sondern um einen Kreditpreis. Zinsen im Rechtssinne setzen nicht voraus, daß eine Kapitalleistung bereits erfolgt ist. „Es heißt nichts erklärt, wenn man dieselben Leistungen vor der Darlehnshingabe Kreditpreisleistungen, nach der Darlehnshingabe Zinsleistungen nennt.“ [2])

§ 10.

Die Pflicht zur Hingabe und Annahme.

Die charakteristischen Gegensätze der Theorien werden naturgemäß dort zutage treten, wo im Sinne der Konsensualtheorie bereits ein definitiver Vertrag geschlossen ist, nach der Realvertrags-

[2]) Lübbert S. 381.

theorie dagegen erst ein Vorvertragsanspruch besteht. Hier ergeben sich eine Reihe von Fragen, deren wichtigste im folgenden erörtert werden sollen.

I. Verzug der Annahme.

Welche Folgen knüpfen sich an den Annahmeverzug des Entleihers oder Verwahrers?

Regelmäßig wird in der Literatur der Annahmeverzug (mora accipiendi) mit dem Begriff des Gläubigerverzuges identifiziert. Für die Rückleistungsverträge ist jedoch hervorzuheben, daß der Verzug der Annahme auch als Schuldnerverzug in Betracht kommt. Beim Verwahrungsvertrag kann überhaupt von einem Annahmeverzug des Hinterlegers nur in dem Sinne von Schuldnerverzug die Rede sein. Die Übernahme des Verwahrungsobjekts ist Hauptpflicht des Hinterlegers, mithin Schuldnerleistung. Umgekehrt kommt ein Annahmevertrag des Entleihers nach § 598 BGB. nur als Gläubigerverzug in Betracht, da eine Pflicht des Entleihers zur Annahme der Leihsache nach § 605 BGB. ausgeschlossen ist. Eine Mittelstellung nimmt das Darlehn ein. Regelmäßig erweist sich auch hier der Annahmeverzug des Entleihers als Gläubigerverzug, und zwar beim verzinslichen wie unverzinslichen Darlehn. Eine Annahmepflicht des Entleihers wird grundsätzlich nur dann gewollt sein, wenn der Vertrag vom Standpunkte des Darleihers aus mehr den Charakter eines depositum irregulare als den eines Kreditvertrags hat. Doch kann beim Darlehn gleichzeitig eine Verpflichtung des Darleihers zur Hingabe begründet sein, während beim Verwahrungsvertrag nur eine Pflicht zur Annahme denkbar ist. Diese Fälle sind daher nicht identisch. Es ist auch beim Darlehn sehr wohl möglich, daß die Annahme des Darlehns sich als Schuldnerleistung im Sinne des § 241 BGB. erweist.[1])

1. Handelt es sich nun um ein depositum oder einen Darlehnsvertrag mit Annahmepflicht des Entleihers, so sind die rechtlichen Folgen des Verzuges nach beiden Theorien dieselben. Der Darleiher und Hinterleger kann Schadensersatz vom Kreditnehmer und Verwahrer gemäß §§ 286, 287 BGB. verlangen. Dieser Schaden besteht, wenn das Darlehn oder Verwahrungsobjekt

[1]) And. M. Hohenstein S. 92 ff.

während des Verzuges untergegangen ist, in der Vereitelung des Realkontrakts, auf Grund dessen der Gegenstand hätte zurückgefordert werden können,[2]) nach der Konsensualtheorie in der Vereitelung des dinglichen Vertrages, auf Grund dessen die Restitutionspflicht aktuell geworden wäre. Aus demselben Gesichtspunkt sind Zinsen und entgangener Gewinn zu vergüten (§§ 249 ff.).

2. Wie aber, wenn eine Annahmepflicht als Schuldnerpflicht nicht bestand? Und dieser Fall bildet, wie wir sahen, die Regel. Eck (Vorträge über das Recht des BGB.) gibt S. 239 Anm. 1 folgendes bekannte Beispiel: „Ein Gutsbesitzer hat einen Geldmann zu sich bestellt, damit er ihm 10000 Mk. gegen Hypothek leihe. Der Geldmann erscheint auch, kann aber das Geld nicht abliefern, weil der Gutsbesitzer ihn wegen Krankheit nicht zu empfangen vermag. Auf dem Heimwege wird der Geldmann angefallen und des Geldes beraubt". Kann der Geldmann die 10000 Mk. erstattet verlangen?

Nach § 300 Abs. 2 BGB. geht die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt. Diese Bestimmung kann im Sinne der Realvertragstheorie im Verhältnis zur Rückgabepflicht des Entleihers nicht Platz greifen. Die Leistung erfolgt nicht solvendi, sondern contrahendi causa. Vor Zustandekommen des dinglichen Vertrags ist ein Anspruch des Darleihers nicht denkbar. Der dingliche Vertrag kommt durch Hingabe und Annahme des Darlehns, also durch die akzeptierte Darlehnsleistung zustande. Für diese Leistung gibt es kein Surrogat.[3]) Der Annahmeverzug des Entleihers kann die nicht erfolgte Realleistung nicht ersetzen. Geht mithin während des Annahmeverzuges des Entleihers das Darlehn nach dem Eckschen Beispiel unter, so ist der Entleiher zur Erstattung nicht verpflichtet.[4])

---

[2]) vgl. Adler S. 211 Anm. 27.

[3]) vgl. Adler S. 207.

[4]) Eck freilich (S. 239) läßt den Entleiher für den Untergang des Kapitals haften. Mit Recht aber erklärt Leonhard in seiner Zuschrift dortselbst, daß diese Entscheidung mit der Auffassung des Darlehns als Realkontrakt nicht in Einklang steht. Wenn Leonhard sich auf eine andere Entscheidung Ecks a. a. O. S. 288 beruft, so übersieht er, daß bei letzterem Tatbestande ein tatsächliches Leistungsangebot nicht erfolgt war, die Leistungsbereitschaft aber zur Begründung des Annahmeverzuges bei Bringschulden nicht genügt.

Zum entgegengesetzten Ergebnis führt m. E. die Konsensualtheorie. Die Gefahr geht auf den Gläubiger über, heißt zwar zunächst nur, der Schuldner wird von der Leistung befreit. Insofern spricht § 300 einen bereits in § 243 Abs. 2 BGB. enthaltenen Grundsatz aus. Denn hat der Schuldner seinerseits das Erforderliche getan, so verwandelt sich die Genusschuld in eine Speziesschuld. § 279 BGB. entfällt. Die Gefahr bei jeder Speziesschuld aber liegt auf seiten des Gläubigers.[5])

Die Erstattungspflicht des Entleihers läßt sich hiermit noch nicht begründen. Lübbert a. a. O. wendet § 324 BGB. an, inhalts dessen der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung behält. Nun aber ist die Rückleistung, wie oben erörtert, keine Gegenleistung. Die Vorschriften §§ 320 ff. sind aber in bezug auf die Rückleistung nicht anwendbar, sondern nur auf die Zinsen oder sonstigen Entgeltleistungen. Man wird jedoch aus § 324 Abs. 2 in Verb. mit § 300 Abs. 2 den Grundsatz herleiten dürfen, daß das Gesetz den durch den Gläubigerverzug schuldhaft oder nicht schuldhaft verursachten unmittelbaren Schaden dem Gläubiger auferlegt. Der Schuldner hat zwar keinen Schadensersatzanspruch im technischen Sinne; er kann daher auch nicht den mittelbar ihm erwachsenen Schaden, also z. B. den entgangenen Gewinn, beanspruchen; wohl aber stehen ihm die Rechte zu, die er bei Bewirkung der Leistung nach dem Vertragsinhalt gehabt hätte. Darum wird der Schuldner bei den vollkommen einseitigen Verträgen von der Obligation frei. Darum kann er bei den vollkommenen zweiseitigen Verträgen die Gegenleistung nach § 324 Abs. 2 verlangen, und darum kann endlich bei dem regelmäßig unvollkommen zweiseitigen Darlehnsvertrag der Kapitalist die Erstattung des Darlehns genau so beanspruchen wie nach ordnungsmäßig bewirkter Leistung. Die Kapitalsumme sollte ja nicht geschenkt, sondern geliehen werden. Die Darlehnssumme sollte wirtschaftlich, wenn auch nicht rechtlich, mit der Auflage der Rückgewähr gegeben werden. Den Darleiher im Falle des Annahmeverzuges des Entleihers aufsitzen zu lassen, wie dies die herrschende Lehre tut, ist nicht nur unbillig,[6]) sondern widerspricht auch dem Sinne

[5]) vgl. RGE. Bd. 70 S. 413 ff.; JW. 1909 S. 268 Ziff. 2.

[6]) vgl. Kohler, Lehrb. Bd. 2 S. 340.

des Gesetzes. Die Rückleistungspflicht als aktuelle Pflicht wird vom Gesetzgeber als rechtliche Folge an die Leistung geknüpft. Der Leistung steht die durch Annahmeverzug verursachte Leistungsunmöglichkeit gleich. Die Leistung aber ist trotz § 279 BGB. deswegen unmöglich, weil die Genusschuld durch Angebot sich in eine Speziesschuld verwandelt hat, die Spezies aber untergegangen ist.

II. Aufrechnung.

Voraussetzungen der Aufrechnung sind nach BGB. §§ 387 u. 390:

1. Fälligkeit der Forderung, mit der aufgerechnet wird (auch darf sie nicht durch Einrede entkräftigt werden können),
2. Gegenseitigkeit,
3. Gleichartigkeit.

Das letzte Erfordernis bewirkt, daß praktisch fast nur Geldforderungen zur Aufrechnung gelangen. Die Frage der Aufrechenbarkeit spielt dementsprechend eine Rolle nur für den Darlehnsvertrag, während die Ansprüche des Entleihers im Sinne des § 598 BGB. und des Hinterlegers der Aufrechnung entzogen sind.

Da nun der Anspruch aus dem pactum de mutuo dando kein Geldanspruch ist, ist nach der Realvertragstheorie eine Aufrechnung mit oder gegen diesen Anspruch ausgeschlossen. Dies wird auch überwiegend von der herrschenden Meinung angenommen.[7])

Nach der Konsensualtheorie dagegen ist die Gleichartigkeit von Forderung und Gegenforderung an sich gegeben. Der Anspruch des Entleihers ist auf die Darlehnsvaluta als solche gerichtet. Trotzdem ist die Aufrechenbarkeit dieses Anspruchs nicht schlechthin zuzulassen. Mit Unrecht hat man diese Konsequenz gegen die Konsensualtheorie ins Feld geführt.[8]) Das Gesetz kennt zwar keine weiteren Voraussetzungen der Aufrechnung als die oben an-

---

[7]) Planck § 387 Erl. 1c; Kipp-Windscheid zu § 350 Ziff. 4; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 § 126 N. 7; Crome, System § 192 N. 2; RGE. Bd. 52 Nr. 81 S. 306; vgl. dagegen RGE. Bd. 56 S. 236, wo die Möglichkeit der Aufrechnung mit dem Anspruch auf Darlehnshingabe angenommen wird; Enneccerus S. 376; Regelsberger S. 417; letztere Auffassung ist jedoch mit der Realvertragstheorie nicht vereinbar, s. S. 82 ff.

[8]) vgl. Enneccerus S. 397 Anm. 2.

gegebenen; es versteht sich aber von selbst, daß die Parteien vertragsmäßig in bezug auf bestimmte Schuldverhältnisse die Aufrechnung von weiteren Voraussetzungen abhängig machen können. Eine solche Vereinbarung kann auch stillschweigend erfolgen. Sie wird dann zu unterstellen sein, wie zutreffend das OLG. Dresden (OLGRspr. Bd. 3 S. 93) ausführt, wenn der Gläubiger gerade ein Interesse daran hat, Geld oder Geldeswert in die Hände zu bekommen, und daher nach Treu und Glauben im Verkehr erwarten kann, daß der Gegner ihm die Leistung so, wie er sie ihm versprochen hat, gewährt. Die im allgemeinen zulässige Ersatzleistung durch Aufrechnung muß dann durch den übereinstimmenden Willen der Parteien, weil sie keine Vertragserfüllung sein würde, als ausgeschlossen gelten. Es ist also stets zu beachten, ob nicht eine Forderung kraft ihres Entstehungsgrundes eine Zweckbestimmung hat, die der Befriedigung durch Aufrechnung widerspricht. Dies ist beim Darlehn m. E. der Fall. Dem Geldsucher ist mit der Tilgung einer seiner Schulden nicht gedient. Der Entleiher begehrt die Darlehnssumme, um mit dem Kapital arbeiten und frei über dasselbe verfügen zu können. Durch die Aufrechnung aber verfügt der Kapitalist über die Darlehnssumme. Diese ist daher als zweckwidrig unzulässig.[9]) Insofern stimmen Konsensual- und Realvertragstheorie im Ergebnis überein. Die Aufrechnung mit dem Anspruch des Entleihers aber läßt die Konsensualtheorie zu. Hiernach liegt ein Bedürfnis vor, weil andernfalls dem Entleiher vor der Hingabe ein wichtiges Mittel, sein Recht zu vertreten, entzogen wäre. Ausnahmsweise wird aber auch der Darleiher sich auf den Entstehungsgrund des Darlehns berufen können, und zwar dann, wenn nach Parteivereinbarung das Darlehn einem bestimmten Zwecke dienen soll, an dessen Erreichung der Kapitalist interessiert ist. Dann ist infolge seiner Zweckgebundenheit die Aufrechnung mit dem Anspruch auf die Hingabe der Valuta zu versagen. Wie der Darlehnszweck regelmäßig eine Verfügungsbeschränkung des Entleihers verbietet, wird sie hier durch den Darlehnszweck geboten.

---

[9]) vgl. Kohler im ArchBürgR. Bd. 2 S. 234; Regelsberger in JheringsJ. Bd. 52 S. 416; and. M. Lübbert S. 377 ebendort.

III. Abtretung.

Unter Abtretung versteht das Gesetz die vertragliche Übertragung des Gläubigerrechts. Die Übertragbarkeit einer Forderung bildet im heutigen Recht die Regel; sie findet ihre Schranke in § 399 BGB.:

> „Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung des Inhalts erfolgen kann, oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist".

Kraft ihres Inhalts der Zession entzogen sind die höchstpersönlichen Ansprüche, zu welchen auch der Anspruch des Hinterlegers und Entleihers im Sinne des § 598 gehört, so daß nur die Übertragbarkeit des Anspruchs auf die Darlehnsvaluta in Frage steht.

Was die Übertragbarkeit des Anspruchs auf Auszahlung eines Darlehns angeht, so herrscht insoweit Übereinstimmung, als die Übertragung des Gläubigerrechts niemals den Eintritt des Zessionars in das Schuldverhältnis überhaupt zur Folge haben kann. Denn der Entleiher ist nicht nur Gläubiger, sondern zugleich werdender Schuldner, und es würde der Eintritt in das Schuldverhältnis zwischen Darleiher und Entleiher sich als eine Schuldübernahme darstellen, die nach § 415 BGB. der Zustimmung des Dritten bedarf. Es kann mithin von einer Zession nur in dem Sinne die Rede sein, daß der Zedent trotz der Zession Darlehnsschuldner des Kapitalisten bleibt.

1. Ob eine solche Zession zulässig sei, ist unter den Vertretern der Realvertragstheorie nicht einheitlich entschieden. Die einen halten die Abtretbarkeit schlechthin für ausgeschlossen, weil der Anspruch nicht auf ein dare, sondern auf ein contrahere gerichtet sei, ein solcher Anspruch aber unübertragbar sei.[10])

2. Andere hingegen gehen von dem Gedanken aus: Zu trennen sei von dem Anspruch auf Abschluß des Hauptvertrages durch Realleistung der Anspruch auf Auszahlung der Darlehnsvaluta.

---

[10]) Oertmann, Schuldverhältnisse zu § 399 Anm. 1 a; Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 374; SeuffArch. Bd. 32 S. 364 ff.; RGE. Bd. 32 S. 364 ff., Bd. 66 S. 361; Schäfer, Der Darlehnsvertrag S. 13 ff.

Durch die Valutazahlung an den Zessionar komme der Hauptvertrag mit dem Zedenten zustande, also zwischen den ursprünglichen Kontrahenten.[11])

Letztere Meinung kann nicht gebilligt werden. Die obligatio contrahendi läßt sich nicht mechanisch in zwei Teile zerschlagen, so daß nunmehr ein losgelöster Anspruch auf die Darlehnsvaluta zediert werden könnte. Das Recht des Entleihers ist begrifflich unlöslich verknüpft mit der causa credendi. Es geht nicht auf die Hingabe an sich, sondern auf die Hingabe als Darlehn, also unter der Verpflichtung der Rückgabe. Dies kommt auch in der RGE. Bd. 66 S. 362 zum Ausdruck. Das Reichsgericht zweifelt, „ob der bloße Anspruch auf Auszahlung der Darlehnsvaluta als nacktes Recht auf die Summenzahlung abgelöst von der Eigenschaft der Geldzahlung als Leistung credendi causa von dem Versprechensempfänger auf den Dritten übertragen werden kann und ob hierbei eine Forderungsübertragung im Rechtssinne, wodurch der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt (§ 398 BGB.), überhaupt noch in Frage steht". Das Reichsgericht will jedoch eine Vereinbarung anerkennen, wonach der Kapitalist sich dem Versprechensempfänger zur Auszahlung der Darlehnsvaluta an einen Dritten für Rechnung des letzteren in dem Sinne verpflichtet, daß dieser Dritte mit der Bestimmung von seiten des Darlehnsnehmers unmittelbar das Recht erwirbt, die Auszahlung des Geldes zu fordern. Ein solcher Anspruch könne nicht bloß mittels Ausstellung und Annahme einer Anweisung (§ 784 BGB.), sondern auch durch eine von vornherein bei dem Vorvertrage zugunsten des Dritten getroffene Abrede (§ 328 BGB.) begründet werden.

Auch dem ist m. E. nicht zuzustimmen. Eine Verpflichtung des Darlehnsgebers auf Zahlung der Valuta gegenüber einem Dritten, wenn auch für Rechnung des Versprechensempfängers, ist nach der Realvertragstheorie streng genommen nicht denkbar. Die aus dem Vorvertrag entspringende Obligation ist eine obligatio contrahendi. Die obligatio dandi ist in ihr nicht als Teil ent-

---

[11]) Enneccerus Bd. 1, 2 S. 376 Anm. 2; Schollmeyer zu § 399; Struckmann-Koch zu § 851 ZPO.; RGE. Bd. 68 S. 356ff.

halten als ein minus, so daß der Anspruch auf die Valuta mit dem Anspruch auf Kontraktschluß gegeben ist. Sie ist vielmehr ein aliud, eine von der Vorvertragspflicht wesensverschiedene Obligation. Ebensowenig wie der Versprechensempfänger kann ein Dritter auf die Valuta unmittelbar einen Anspruch haben. Mit dem Institut der Anweisung mag ein der Zession ähnlicher Rechtserfolg herbeigeführt werden. Die Voraussetzungen aber sind nicht dieselben. Die Anweisung ist formgebunden und setzt die Annahme des Anweisungsempfängers voraus. Andernfalls erwirbt der Anweisungsempfänger keinen Anspruch gegen den Angewiesenen.[12])

Um zusammenzufassen: Der Realvertrag setzt sich aus der Hingabe und der Willensübereinstimmung zusammen. Diese Scheidung der Vertragselemente läßt sich aber lediglich begrifflich, nicht tatsächlich vollziehen. Wer einen Anspruch auf die Valuta aus dem Anspruch auf Vertragsschluß abstrahiert und für übertragbar erklärt, müßte folgerichtig auch eine Klage des Versprechensempfängers auf Zahlung der Valuta zum Zwecke der Darlehnsbegründung zulassen. Denn kann der Zessionar auf Zahlung der Valuta klagen, so müßte auch der dieses Recht übertragende Zedent hierzu in der Lage sein. Dann aber wäre die Annahme eines Vorvertrags zum Realvertrag völlig bedeutungslos.

[12]) Das Reichsgericht (Bd. 68 S. 356ff.) erkennt richtig, daß der zukünftige Darlehnsschuldner keinen Anspruch auf eine bestimmte Geldzahlung schlechthin abtreten kann, weil er einen solchen gar nicht hat. Wenn freilich das Reichsgericht fortfährt, der Entleiher könne den Anspruch auf Zahlung der bestimmten Geldsumme mit der Wirkung abtreten, daß er dafür Darlehnsschuldner des Zahlenden werde, so kommt mit diesem Satz wiederum die eigentümliche Unklarheit in der Auffassung des Vorvertrages zutage, die wir im Text bereits erörterten. Die Konsequenz dieser Meinung wäre die Anerkennung eines Anspruches des Entleihers auf die Zahlung der Darlehnsvaluta als solcher, und dieser ist nach der Realvertragstheorie nicht gegeben. Wenn endlich das Reichsgericht sich auf eine Entscheidung aus Bd. 32 beruft, so wird übersehen, daß dort die Zessibilität eines Anspruchs auf die Darlehnsvaluta nur für den Fall eines Konsensualdarlehns anerkannt wird. Der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 32 liegt nämlich ein Tatbestand zugrunde, der nach rheinischem Rechte bezw. code civil zu beurteilen war. Die Reichsgerichtsentscheidung Bd. 32 S. 364 geht davon aus, daß im code civil art. 1892 zwar der Darlehnsvertrag als Realvertrag charakterisiert werde, andererseits aber doch die Möglichkeit eines Konsensualdarlehns nicht ausgeschlossen sei, und läßt mit Recht nur für diesen Fall eines solchen konsensualen Darlehns die Abtretung zu.

Es besteht weder ein abstrakter Anspruch auf Summenzahlung noch ein Geldanspruch zum Zwecke der Darlehnsbegründung, wie Enneccerus (S. 376) meint, sondern der Anspruch auf Vertragsschluß mit dem Versprechensempfänger durch Zahlung an diesen oder an seinen Stellvertreter, nicht aber an einen selbständigen Dritten. Es ist also eine Abtretung nur möglich gemeinsam mit dem Recht auf Empfang des Geldes als Darlehn. Diese Übertragung würde identisch sein mit dem Eintritt in das Darlehnsschuldverhältnis überhaupt, und dieser ist, wie wir sahen, nur mit Zustimmung des Dritten zulässig.[13])

Grundsätzlich ist also die Übertragbarkeit des Anspruchs auf Gewährung eines Darlehns nach der Realvertragstheorie zu versagen.

Nach der Konsensualtheorie steht der Abtretung kein Bedenken entgegen. Dies wird übereinstimmend angenommen. Hier ist die Forderung schlechthin auf die Geldleistung gerichtet; die Darlehnsvaluta wird nicht obligandi, sondern solvendi causa hingegeben. Die causa credendi liegt also bereits im Darlehnsversprechen als Hauptvertrag. Es ist daher der Anspruch des Entleihers auch nicht verknüpft mit dem Recht auf Leistung credendi causa. Einer Zession steht demnach nichts im Wege. Nur auf Grund von Parteivereinbarung kann gemäß § 399 die Übertragung des Anspruchs auf die Darlehnsvaluta ausgeschlossen sein. Diese Vereinbarung kann auch stillschweigend erfolgen. Letzteres ist anzunehmen, wenn die Abtretung dem Zwecke des Darlehns widerspricht. Dies wird vielfach beim Baugelderdarlehn der Fall sein, bei dem der Kapitalist ein Interesse daran hat, daß die Darlehnsvaluta auch wirklich dem Bauzwecke zugewandt wird. Eine Zession des Anspruchs auf die Valuta würde die Darlehnssumme seinem Zwecke entfremden und ist daher als unzulässig anzusehen.[14])

---

[13]) Adler (in JheringsJ. Bd. 31 S. 264) will statt der Zession dem Entleiher ein Surrogat einräumen. Er gibt dem Dritten ein Subrecht entsprechend der Afterleihe und Aftermiete. Nun aber ist das Subrecht nur im internen Verhältnis von Bedeutung. Dem Dritten gegenüber tritt der Subberechtigte entweder als Stellvertreter oder im eigenen Namen, also doch als Zessionar auf.

[14]) vgl. Kohler im ArchBürgR. Bd. 33 S. 18.

IV. Pfändung.

Die Pfändbarkeit einer Forderung hängt regelmäßig von ihrer Übertragbarkeit ab (§ 851 ZPO.). Doch ist auch eine nach § 399 BGB. unübertragbare Forderung der Pfändung insoweit unterworfen, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterliegt (§ 851 Abs. 2 ZPO.).

Hiernach sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1. Übertragbare Forderung.

Sie ist regelmäßig pfändbar. Die Überweisung kann sowohl zur Einziehung wie an Zahlungsstatt erfolgen.

2. Unübertragbare Forderung.

a) Gerichtet auf einen der Pfändung unterliegenden Gegenstand.

Sie ist pfändbar ohne Rücksicht darauf, ob die Unübertragbarkeit auf Parteivereinbarung oder dem Inhalt der Forderung beruht. Die Überweisung aber kann nur zur Einziehung stattfinden (§ 851 Abs. 2).

b) Die Forderung ist gerichtet auf einen der Pfändung nicht unterliegenden Gegenstand — sie ist unpfändbar (§ 851).

Zu welcher Kategorie gehört nun der Anspruch auf Gewährung eines Darlehns?

1. a) Da nach der folgerichtig durchgeführten Realvertragstheorie die Forderung des Entleihers gegen den Kapitalisten auf Abschluß des Darlehnsrealvertrages geht, ist sie nicht nur unübertragbar, sondern auch auf einen der Pfändung nicht unterliegenden Gegenstand gerichtet. Der Pfändung ist sie demgemäß entzogen.

b) Abstrahiert man aber aus dem Vertrage den Anspruch auf Zahlung der Darlehnsvaluta und erklärt diesen für übertragbar, so ist die Pfändung entsprechend zuzulassen. Die Überweisung kann zur Einziehung wie an Zahlungsstatt erfolgen.

2. a) Nach der Konsensualtheorie ist die Pfändung grundsätzlich zuzulassen, und zwar auch dann, wenn die Zession im Einzelfalle gemäß § 399 BGB. ausgeschlossen ist; denn die beim Darlehn geschuldete Geldsumme ist ein der Pfändung unterliegender Gegenstand (§ 851 Abs. 2 ZPO.).

b) Doch ist zu beachten, daß auch die Regel, nach der eine übertragbare Forderung pfändbar ist, Ausnahmen hat. Es gibt

sowohl unübertragbar pfändbare, wie übertragbar unpfändbare Forderungen. Die Unpfändbarkeit der letzteren wird teilweise generell vom Gesetz statuiert (§ 852 ZPO.) oder ergibt sich für den Einzelfall aus der Anwendung besonderer Normen. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch BGB. § 610 zu betrachten. Das Darlehnsversprechen soll widerrufen werden können, wenn in den Vermögensverhältnissen des Entleihers eine wesentliche Verschlechterung eintritt. Diese wird dem Kapitalisten vielfach erst offenbar werden, wenn der Entleiher sich in der Zwangsvollstreckung oder im Konkurse befindet. Die Pfändbarkeit des Anspruchs auf Darlehnsgewährung muß also dort ihre Grenzen finden, wo sie das Recht des Darleihers, sein Versprechen zu widerrufen, verletzen würde. Der Gefahr, der der Entleiher infolge der grundsätzlichen Übertragbarkeit und Pfändbarkeit der Forderung auf die Hingabe der Darlehnsvaluta ausgesetzt ist, wird durch § 610 die Spitze abgebrochen. Vom Standpunkte der Konsensualtheorie gewinnt somit § 610 eine erhöhte Bedeutung.

§ 11.

Pflichten des Empfängers.

Nach Abschluß des dinglichen Vertrages bezw. des Realkontrakts sind die Rechtsverhältnisse nach beiden Theorien im wesentlichen in gleicher Weise zu beurteilen.

I. Der Empfänger hat die Sache zurückzuleisten und haftet auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Gewisse Schwierigkeit bietet die Frage, welche Pflichten dem Entleiher obliegen, wenn er Inhaberpapiere als Darlehn erhalten hat und die Rückleistung nicht mehr möglich ist, weil die Gattung untergegangen ist. In der Literatur sind die Ansichten geteilt. Fischer-Henle zu § 607 N. 5 nimmt an, daß der Darlehnsschuldner in solchem Falle trotz § 279 BGB. sein Unvermögen zu vertreten habe. Staudinger (zu § 607 N. 5), Neumann (2b zu § 607) und Planck (1. Aufl. Nr. 4 zu § 607) lassen den Darlehnsnehmer nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung Ersatz leisten. Dagegen erklärt Planck (3. Aufl. zu § 607), die Darlehnsschuld erlösche nach § 275, der Schuldner aber hafte nach

Treu und Glauben für den Wert, den die Papiere zur Zeit der Hingabe hatten. Letzterer Ansicht wird man hinsichtlich des Ergebnisses sicherlich beistimmen, wenn die Inhaberpapiere nur zur Vermittelung eines Gelddarlehns hingegeben werden, die Papiere also nicht als solche, sondern an Geldesstatt gegeben werden. Aber auch wenn die Inhaberpapiere selbst Gegenstand des Darlehns sein sollten, ist m. E. der Wert derselben zu erstatten. Der Schuldner ist zwar zunächst nur verpflichtet, die Papiere zurückzuleisten; es ist aber als Parteiwille zu unterstellen, daß event. der Wert derselben geschuldet werde. Mit gutem Grunde spricht der Verkehr von „Geldpapierdarlehn". Der Geldwert der Papiere zur Zeit ihrer Tradition ist als subsidiär geschuldet zu betrachten. Die Verbindlichkeit erlischt daher auch nicht nach § 275 BGB., sondern konzentriert sich auf den subsidiär verschuldeten Geldpapierwert.[1]) Dies Ergebnis entspricht m. E. auch allein der Billigkeit.

II. Soweit es sich um die Verpflichtung des Empfängers zur Entgeltleistung handelt, ergibt sich ein Unterschied zwischen den Theorien insofern, als das entgeltliche Darlehn nach der Konsensualtheorie als zweiseitiger Vertrag anzusprechen ist. Dies ist von Wichtigkeit für die Frage, welche Folgen der Verzug des Entleihers mit der Gegenleistung hat, insbesondere für die Frage, ob der Verzug des Entleihers dem Darleiher das Recht gewährt, vom Darlehnsvertrage zurückzutreten. Vom Standpunkte der Realvertragstheorie ist dies unzweifelhaft zu verneinen. Für die Konsensualtheorie dagegen kommt § 326 BGB. zur Anwendung. War daher z. B. der Entleiher verpflichtet, dem Darleiher als Entgelt ein Grundstück aufzulassen, Hypothek zu bestellen oder ein Miethaus einzuräumen, und kommt er mit diesen Leistungen in Verzug, so kann der Kapitalist nach § 326 Satz 1 nach Setzung einer angemessenen Frist vom Vertrage zurücktreten und das Kapital zurückverlangen. Für den wichtigsten Fall freilich, nämlich wenn der Entgelt in Zinsen besteht, steht das Rücktrittsrecht dem Darleiher nur in beschränktem Maße zu. Nicht die einzelne Zinsrate, sondern die Zinsen in ihrer Gesamtheit bilden das

[1]) vgl. Oertmann zu § 607, 3a; ROHG. Bd. 20 Nr. 78.

Äquivalent für die Kapitalsbelassung. Kommt der Entleiher mit einer Rate in Verzug, so kommt er nur mit einer Teilleistung in Verzug.[2]) Es ist daher § 326 Satz 1 nicht anwendbar, sondern nur Satz 3 in Verbindung mit § 325. § 554 BGB. analog anzuwenden, wie Lübbert (S. 395) vorschlägt,[3]) scheint mir nicht angängig. Die Kündigungsvoraussetzungen sind in § 609 BGB. ausdrücklich geregelt; es kann daher auch in dem Fehlen einer § 554 entsprechenden Gesetzesbestimmung keine Gesetzeslücke gefunden werden, die durch Analogie auszufüllen wäre.[4]) Die Behauptung Lübberts, der Kreditgeber bedürfe mehr des Schutzes als der Vermieter, da letzterer selten Gefahr laufe, die Mietsache zu verlieren, und ferner regelmäßig als Eigentümer einen Aussonderungsanspruch im Konkurse habe, ist nicht stichhaltig. Das Kreditgeschäft ist seinem Wesen nach ein Gefahrgeschäft. Soweit der Kapitalist das Darlehn noch nicht tradiert, sondern nur versprochen hat, gewährt ihm § 610 ausreichenden Schutz. Hieraus aber ergibt sich auch argumento e contrario, daß nach Leistung des Darlehns ein besonderer Schutz dem Darleiher vom Gesetzgeber nicht zugebilligt ist. Es bleibt dem Darleiher unbenommen, durch besondere Vereinbarung sich ein frühzeitiges Kündigungsrecht für den Fall nicht pünktlicher Zinszahlung vorzubehalten. Davon abgesehen ist bei Säumigkeit des Darlehnsschuldners der Darleiher auf die allgemeinen Vorschriften zu verweisen und hat demgemäß bei Verzug hinsichtlich einzelner Zinsraten ein Rücktrittsrecht nur nach Maßgabe der §§ 325, 326 BGB. Damit dürfte im wesentlichen dem Interesse des Darleihers gedient sein. Er ist in der Lage, in den dringendsten Fällen die vorzeitige Rückgabe des Kapitals vom säumigen Schuldner zu beanspruchen. Nach der herrschenden Lehre kann er wohl die fälligen Zinsen und Schadensersatz wegen Verzuges einklagen, das Kapital aber muß der Darleiher dem kreditunwürdigen Schuldner womöglich jahrelang belassen. — Auch hier ist der Vereinbarungstheorie der Vorzug zu geben.

---

[2]) Dies übersieht Affolter im ArchBürgR. Bd. 26 S. 1 ff.
[3]) Ebenso Hohenstein S. 126; Kohler im ArchBürgR. Bd. 33 S. 12.
[4]) vgl. Dertmann zu § 609c.

Überblicken wir die Reihe der hier behandelten Fälle, so finden wir die eingangs aufgestellte Behauptung bestätigt, daß der Gegensatz der Theorien nicht nur wissenschaftliches Interesse hat, sondern auch sich auf eine Fülle von Fragen erstreckt, die für die Praxis erheblich und je nach dem vertretenen Standpunkt verschieden zu beurteilen sind. Die Konsensualtheorie hat überall zu klaren und einfachen Ergebnissen geführt, die mit den Anschauungen des Verkehrs im Einklang stehen und auch im wesentlichen von der Rechtsprechung gebilligt werden, freilich nur, indem die Rechtsprechung, obwohl grundsätzlich auf dem Boden der Realvertragstheorie stehend, sich vielfach Folgerungen der Vereinbarungstheorie angeeignet hat.[5]) Letzten Endes aber ist theoretische Konstruktion und praktische Folgerung nicht trennbar. Diese ist der Prüfstein für jene. Auch unter diesem Gesichtspunkt rechtfertigt sich die Konsensualtheorie.

Und noch eines ist hervorzuheben. Das Bürgerliche Gesetzbuch steht unter dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und Formlosigkeit aller Rechtsgeschäfte. Nur eine ganz beschränkte Zahl von Rechtsgeschäften ist dem Formenzwang unterworfen. Es ist ein kräftiger Zug des Rechts, alle Rechtsfolgen an den bloßen formlosen Parteiwillen zu knüpfen. Wenn nun auch Realleistung und Form i. e. S. nicht identisch sind, so widerstrebt doch die Realvertragstheorie jener Grundauffassung des geltenden Rechts, welche die rechtsgeschäftliche Wirksamkeit lediglich auf den Konsens der Kontrahenten abstellt. Daß die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf dem Boden der Realvertragstheorie standen, ist dabei ohne Bedeutung; sie haben in kluger Vorsicht davon Abstand genommen, dieser ihrer Meinung im Gesetz Ausdruck zu verleihen. Weder Wortlaut noch Sinn des Gesetzes regeln den Leih-, Darlehns- und Verwahrungsvertrag als Realkontrakte, noch auch sprechen die praktischen Ergebnisse für die Realvertragstheorie.

Damit sind die Realverträge als eine gesetzliche Vertragskategorie aus dem geltenden Rechte ausgeschieden.

---

[5]) vgl. S. 80 Anm. 7, S. 82 ff, auch S. 34 ff.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.